Классика российской цивилистики

И. А. ПОКРОВСКИЙ

ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

КАФЕДРА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА
ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА МГУ
ИМ. М.В. ЛОМОНОСОВА

СТАТУТ

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ИМ. М.В. ЛОМОНОСОВА
КАФЕДРА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА

Серия "Классика Российской Цивилистики"

И. А. ПОКРОВСКИЙ

ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

СТАТУТ
МОСКВА 1998

ББК 67.404
УДК 347
П–48

Редакционная коллегия: д.ю.н. проф. Суханов Е. А. (председатель), к.ю.н. доц. Ем В. С. (зам. председателя, ген. менеджер проекта), д.ю.н. проф. Корнеев С. М., к.ю.н. доц. Кулагина Е. В., к.ю.н. доц. Козлова Н. В., к.ю.н. доц. Панкратов П. А.

П–48 Покровский И. А.
Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. – 353 с.

В настоящем издании представлено одно из самых ярких и значительных произведений российской цивилистики – книга И. А. Покровского «Основные проблемы гражданского права». В ней в историческом развитии даны основные вопросы, над решением которых бились выдающиеся умы мировой юридической науки, показана их тесная связь с разработками отечественной цивилистики. Высокий профессионализм автора и глубина проникновения в исследуемые проблемы определяют ее непреходящую значимость и актуальность для современной теории гражданского права. Здесь же публикуются две статьи соратников и единомышленников ученого – М. В. Зимелевой и Н. Н. Полянского, – в которых даются оценка многогранной деятельности и характеристика основных трудов И. А. Покровского.

ISBN 5–89398–015–8

© А. Л. Маковский, вступ. ст., 1998
© О. Ю. Шилохвост, библиография, 1998
© Статут (редподготовка), 1998
(допечатка)

«... Всякий образованный человек, а тем более юрист, должен иметь всегда ясное представление о краеугольных принципах своего права, об отношении этих принципов к прошлому человека и к идеалам его будущего.»
(И. А. Покровский, 1896 г.)

ВЫПАВШЕЕ ЗВЕНО

Предлагаемая вниманию читателя книга Иосифа Алексеевича Покровского (1868–1920) «Основные проблемы гражданского права» принадлежит к числу самых блистательных произведений юридической науки. Она должна быть поставлена в один ряд с «Духом римского права» Рудольфа Иеринга (1865), «Общими изменениями частного права» Леона Дюги (1912), «Юридическими аспектами современного капитализма» Жоржа Рипера (1946), «Чистым учением о праве» Ганса Кельзена (1960)[1] и несколькими другими классическими работами мировой юридической литературы.

Но в отличие от этих всемирно прославленных сочинений, переведенных на другие языки и известных хотя бы понаслышке многим образованным юристам, о книге И. А. Покровского сегодня даже в пределах своего отечества знает лишь узкий круг цивилистов в основном старшего поколения.

Объяснение причин забвения этой необычной книги лежит в буквальном смысле слова на поверхности: в дате издания, обозначенной на ее обложке. Эта дата – 1917 год[2]. Через месяц после смерти И. А. Покровского, в мае 1920 года, его ученица Мария Владимировна Зимелева начала речь, посвященную памяти Иосифа Алексеевича, словами: «В момент торжества силы ушел служитель права»[3]. Все сочинения И. А. Покровского, и «Основные проблемы гражданского права» прежде всего, – крупнейший вклад в служение праву и выдающийся образец такого служения. После октября 1917 года это направление мысли и этот род человеческой деятельности в их

---

[1] Ihering R von. Der Geist des romischen Rechts auf den verschidenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. 1–3. Leipzig, 1865; Duguit L Les transformations generales du droit prive depuis le Code Napoleon. Paris, 1912; Ripert G Aspects juridiques du capitalisme moderne. Paris, 1946; Kelsen H Reine Rechtslehre. Wien, 1960.

[2] История публикации этой книги рассказана в авторском предисловии к ней (см. с. 34–36). Впервые труд И. А. Покровского был напечатан в самом конце 1915 или в начале 1916 года, но лишь «в небольшом количестве отдельных оттисков» разослан специалистам. В самостоятельном издании книга увидела свет в конце 1917 года (возможно, в октябре).

[3] Зимелева М. В. Речь памяти Иосифа Алексеевича Покровского, читанная на собрании Общества оставленных при факультете общественных наук Московского государственного университета в мае 1920 года. Впервые публикуется в настоящем издании (с. 322–328).

наиболее чистых проявлениях – в стремлении к правовому государству и обеспечению прав индивида – стали ненужными, а затем и опасными. О главной книге И. А. Покровского и о нем самом предпочли забыть.

Предлагаемое издание «Основных проблем гражданского права», предпринятое в серии «Классика российской цивилистики»[1], – лишь первый шаг к восстановлению одного из крупнейших звеньев этой отрасли отечественной правовой мысли, неизвестного новым поколениям. В сравнении с многосотенными «списками трудов» научных работников последующих поколений библиография И. А. Покровского выглядит весьма скромно[2]. В ней 47 названий, Иосиф Алексеевич написал всего три книги. Но почти все они представляют и ныне огромный интерес. И тому есть объяснение.

Всю жизнь ум и сердце Иосифа Алексеевича занимала одна проблема – гражданское право и человек (иногда – право в целом и человек, государство и человек). Она присутствует во всех без исключения его выступлениях, статьях и книгах. Если даже доклад или статья были вызваны конкретным поводом, то по этому поводу автор высказывает мысли, соображения и аргументы общего, принципиального характера. И сегодня его мысли и аргументы не только интересны, но и практичны.

Занимаясь все время поиском ответа, по существу, на один вопрос – каким должно быть право, отвечающее природе человека, – И. А. Покровский обращается к разным эпохам, разным институтам и разным проблемам. В одном лице соединяются скрупулезный историк права, склонный к глубокому анализу и широким обобщениям философ права и наделенный обостренной совестью русского интеллигента политик права. В необычной по форме и замечательной по исполнению статье-некрологе об И. А. Покровском его ученик и крупнейший ученый Н. Н. Полянский превосходно показал эту цельность многогранности личности Иосифа Алексеевича и уникальность его трудов[3].

---

[1] В этой серии уже вышли «Русское гражданское право» Д. И. Мейера (части 1 и 2. М., Статут, 1997), «Избранные труды» М. И. Кулагина (М., Статут, 1997) и «Избранные труды» В. И. Сергеевского (М., Статут, 1997). Предполагается издать труды М. М. Агаркова, С. Н. Братуся, Л. А. Лунца, И. Б. Новицкого, Е. А. Флейшиц и других видных российских цивилистов.

[2] См. с. 343–348 настоящего издания. Библиография составлена ведущим специалистом Исследовательского центра частного права О. Ю. Шилохвостом.

[3] См. с. 329–342 настоящего издания. Профессор Николай Николаевич Полянский (1878–1961) был крупнейшим специалистом в области уголовного процесса. Не зная этого, трудно предположить, что статья об И. А. Покровском написана не цивилистом. Глубокое проникновение автора в материю римского и гражданского права, социологии, философии права – свидетельство не только достоинств работ И. А. Покровского, но и высокой правовой культуры, энциклопедичности знаний его учеников и современников в науке.

Статья Н. Н. Полянского исключает необходимость общей характеристики трудов И. А. Покровского. Сказать надо лишь о том, о чем в этой статье сказано слишком кратко, и о том, что предвидеть в 1922 году было нельзя.

ЖИЗНЕННЫЙ ПУТЬ И. А. Покровского типичен для русского интеллигента, ученого-гуманитария, жившего на рубеже прошлого и нынешнего столетий. По тем сведениям, которые известны (к сожалению, весьма кратким и неполным), его жизнь небогата внешними событиями, если не считать ухода в 1912 году из Петербургского университета.

Родился Иосиф Алексеевич 5 сентября (по старому стилю) 1868 года в семье сельского священника в Глуховском уезде Черниговской губернии – самом дальнем ее уезде, на том северо-восточном рубеже Украины с Россией, где стоят вошедшие в нашу историю Новгород-Северский и Путивль. Когда-нибудь кто-то, наверное, заинтересуется, почему в отечественной науке и культуре такую большую роль сыграли Воскресенские и Никольские, Вознесенские и Успенские, Преображенские и Покровские, и заметит, что в девяти случаях из десяти это были дети священников, в большинстве – сельских. Тот, кто обратит на это внимание, наверное, объяснит, почему сочетание небогатого сельского быта с твердыми семейными устоями, близости к природе с преподанными с детства идеалами веры рождало людей с неизбывной тягой к знаниям и культуре, бесконечно трудолюбивых, считавших нравственным долгом служение избранному делу. Таким был и И. А. Покровский.

Обучение И. А. Покровского началось в гимназии уездного Глухова, насчитывавшего в то время едва ли десять тысяч жителей. Но завершалось оно уже в Киеве, в пользовавшемся в то время известностью среднем учебном заведении – в Коллегии Павла Галагана, где существовал конкурсный отбор. Одновременно с ним в Коллегии учился ставший впоследствии крупнейшим ученым в области международного права Владимир Эммануилович Грабарь (1865–1956), брат знаменитого художника и искусствоведа Игоря Грабаря. То, что говорится в биографии В. Э. Грабаря о годах обучения в Коллегии, имеет прямое отношение к И. А. Покровскому: «В Коллегии Галагана В. Э. Грабарь попал в среду интеллигентной молодежи; из числа его сверстников вышли известные впоследствии ученые: арабист А. Е. Крамской, ботаник В. И. Липский (... вице-президент Украинской Академии наук), историки права И. А. Покровский, Н. А. Максимейко и И. А. Малинов-

ский, историк русской литературы Нестор Котляревский, академик Д. М. Петрушевский и другие»[1].

По окончании Коллегии И. А. Покровский в 1886 году поступает на юридический факультет Киевского университета, или, как он тогда назывался, Императорского университета Св. Владимира. К счастью для И. А. Покровского, это было время подъема, если не расцвета факультета. Он был образован в 1834 году при активном участии сподвижника М. М. Сперанского К. А. Неволина, видного специалиста по гражданскому праву и философии права, и за два года до поступления И. А. Покровского отпраздновал свое пятидесятилетие. На факультете работали крупные ученые: кафедру истории права возглавлял М.Ф. Владимирский-Буданов[2], кафедру международного («общенародного») права – В. А. Незабитовский, кафедру всеобщей истории права («иностранных законодательств») – Н. К. Рененкампф. Одновременно с И. А. Покровским на факультете учились его однокашники по Коллегии Галагана И. А. Малиновский и Н. А. Максимейко, и ставший впоследствии ученым с мировым именем Л. И. Петражицкий.

Но хотя на своем образовательном пути и в университете, и позднее Иосиф Алексеевич встретил блестящие имена, его главным учителем в праве, по-видимому, был малоизвестный университетский профессор Л. Н. Казанцев. Автор нескольких работ о представительстве в римском праве Л. Н. Казанцев, перебравшись из Ярославля в Киев, целиком посвятил себя преподаванию римского права. М. В. Зимелева говорит о нем, что он был «посредственным ученым, но прекрасным руководителем». Действительно, его литературное наследство киевского периода исчерпывается несколькими статьями и тоненьким курсом лекций по истории римского права, но имена его учеников, главным или одним из предметов научных занятий которых стало римское право, говорят сами за себя[3].

---

[1] Грабарь В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). – М., Изд. АН СССР, 1958. С. 6 (открывающий эту книгу очерк «Владимир Грабарь» написан проф. В. Н. Дурденевским).

[2] Подробнее о М. Ф. Владимирском-Буданове см. превосходную статью К. Краковского в кн.: Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. – Ростов-на-Дону, Феникс, 1995. С. 3–29. В сборнике, посвященном 35-летию педагогической деятельности М. Ф. Владимирского-Буданова, была помещена и статья И. А. Покровского «Частная защита общественных интересов в древнем Риме» (№ 18 в библиографии И. А. Покровского).

[3] А. К. Митюковым, ставшим впоследствии преемником Л. Н. Казанцева на кафедре, был создан курс римского права, выдержавший несколько изданий (1883–1884, 1902). П. Е. Соколовский стал профессором римского права в Московском университете. Л. И. Петражицким был переведен на русский язык четырехтомный курс Ю. Барона «Система римского гражданского права» (1888–1890, 1898, 1908–1909).

Под руководством Л. Н. Казанцева студент Покровский написал свою первую научную работу – выпускное сочинение «Locatio-conductio operis в римском и современном гражданском праве». Судя по названию, это было не только историческое, но и сравнительно-правовое исследование договора подряда. Как пишет Н. Н. Полянский, за эту работу И. А. Покровский был удостоен золотой медали и премии Н. И. Пирогова[1].

Закономерным результатом столь успешного окончания университетского курса было оставление И. А. Покровского в университете «стипендиатом для приготовления к профессорскому званию по кафедре римского права» (по нынешним меркам – зачисление в аспирантуру). Очевидно, молодой преподаватель зарекомендовал себя хорошо и подавал большие надежды, потому что через год с небольшим его командируют для завершения образования в Берлинский университет.

С 1 января 1891 года И. А. Покровский начинает занятия в организованном при Берлинском университете для русских ученых институте римского права. Удача сопутствует ему, по меньшей мере, в нескольких отношениях.

Германия уже давно и вполне основательно считалась для юристов «меккой» романистики. В то время, о котором идет речь, исследованиями и преподаванием римского права, его истории и системы (догмы) в Германии занимались Ю. Барон (I. Baron), А. Бринц (A. Brinz), Г. Дернбург (H. Dernburg), Т. Кипп (T. Kipp), Л. Миттейс (L. Mitteis), А. Пернис (A. Pernice), Б. Виндшейд (B. Windscheid). Это были ученые «первого плана», определявшие чрезвычайно высокий уровень этой науки (как теперь принято говорить, «задававшие планку»), а за ними стояло огромное число исследователей менее известных. Каждый приезжавший в Германию для занятий римским правом оказывался в атмосфере науки развивающейся, дискутирующей, живой.

Молодому И. А. Покровскому посчастливилось работать в Берлинском университете под руководством ученых, из которых по крайней мере двое справедливо причислены Н. Н. Полянским к «корифеям науки римского права». Это А. Пернис и Г. Дернбург. А. Пернису принадлежит фундаментальное исследование римского частного права в первом столетии императорского Рима[2]. Генрих Дернбург был не только крупным романистом – его

---

[1] Присуждение этой премии за студенческую работу по праву не должно удивлять, так как великий хирург Н. И. Пирогов внес в становление отечественной педагогики вклад ненамного меньший, чем в медицину.

[2] P e r n i c e A. Romisches Privatrecht in ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. I–III. Halle, 1873–1892.

«Пандекты» выдержали большое число изданий, в том числе в переводе на русский язык, – но и выдающимся немецким цивилистом вообще[1].

Наконец немаловажно, что время пребывания И. А. Покровского в Берлине совпало с годами наиболее интенсивной работы немецких юристов (прежде всего ученых!) над проектом будущего Германского гражданского уложения – Burgerlichgesetzbuch (BGB). В 1890 году была образована комиссия для кардинальной переработки первоначального проекта BGB («маленького Виндшейда»), а в 1896 году новый проект был принят в качестве закона, который стал «одним из эталонов классического гражданского кодекса»[2] и оказал огромное влияние на гражданские законодательства многих стран, в том числе России.

Молодой русский ученый в полной мере воспользовался открывшимися ему возможностями. Пробыв в Берлине около полутора лет, И. А. Покровский практически завершает работу над магистерской диссертацией. В 1895 году он публикует на немецком языке в самом тогда авторитетном журнале по истории права и римскому праву большую (почти 7 авторских листов!) статью об actiones in factum в классическом римском праве[3]. Работа сразу же обратила на себя внимание, и уже в январе 1898 года, издавая ее на русском языке с незначительными дополнениями, автор замечает, что «статья вызвала как неблагоприятные, так и благоприятные отзывы о себе, причем с обеих сторон одинаково признается, что установленная мною точка зрения на вопрос резко врывается в систему общепринятых знаний о нем»[4]. В том же 1898 году И. А. Покровский защищает эту работу в качестве магистерской диссертации.

И. А. Покровский входит в правовую науку и педагогику как романист. Еще до защиты магистерской диссертации, по возвращении из Германии он назначается приват-доцентом в один из старейших университетов – Юрьевский (в прошлом – Дерптский, а ныне – Тартуский). Преподавание здесь истории римского права он открывает актовой лекцией о роли римского

---

[1] Dernburg H. Pandekten. 7-te aufl. 1905; Дернбург Г. Пандекты. Общая часть. – М., 1906; он же Пандекты. Обязательственное право. – М., 1900; 2-е изд. – М., 1904; 3-е изд. – М., 1911; он же Пандекты. Вещное право. – М., 1905.

[2] Германское право. Часть I. Гражданское уложение. Введение (проф. В. Бергман, проф. Е. А. Суханов). – М., 1996. С. 5 (Исслед. центр частного права).

[3] Pokrowsky I. Die actiones in factum des classischen Rechts. – Zeitschrift der Savighy Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. XVI. Romanistische Abteilung, 1895.

[4] Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Ч. I. Право и факт как материальное основание исков (Actiones in jus и in factum conceptae). – Киев, 1898. С. I (отд. оттиск из «Университетских известий» за 1898 год).

права в правовой истории человечества. Она же стала и его первой печатной работой[1].

Но уже через два года, будучи переведен в родной ему Киевский университет, И. А. Покровский начинает курс вступительной лекцией, названной им «Желательная постановка гражданского права в изучении и преподавании»[2]. Слова, послужившие эпиграфом к настоящей статье, не случайно взяты из этой лекции. По существу, эта лекция – кредо и программа молодого ученого. Поэтому стоит остановиться на ней подробнее.

По мысли И. А. Покровского, общество, если оно не хочет прийти к итогу, подобному гибели римской цивилизации и распаду Римской империи, должно научиться управлять лежащими в его основе имущественными отношениями. А для этого надо «прежде всего понять их, то есть понять их историческое происхождение, их сущность и отношение к высшим идеалам человечества». Задача эта ложится главным образом на плечи политической экономии и гражданского права.

> «Юрист должен быть не только судьей и применителем права, а зачастую и творцом права, законодателем, хотя бы и не в формальном смысле. На его плечи сплошь и рядом возлагается обязанность выработать новую норму для вновь народившихся отношений, изменить старую соответственно изменившимся условиям жизни, а иногда пересмотреть и создать заново целый гражданский уклад, целый гражданский кодекс. Даже если он и не призван к непосредственной деятельности подобного рода, он все-таки чувствует на себе гражданский долг всеми доступными ему способами – словом, печатью и пр. – влиять на улучшение и совершенствование своего права.»

Наука гражданского права, считает И. А. Покровский, пока только в малой степени выполняет задачу подготовки таких юристов.

> У современного юриста «зачастую нет даже истинного понимания того, какое место занимает подлежащее его юридической оценке явление в системе гражданского строя: есть ли оно логическое последствие какого-либо из коренных

---

[1] См. № 1 в библиографии И. А. Покровского.

[2] Покровский И. А. Желательная постановка гражданского права в изучении и преподавании. – Киев, 1896 (отд. оттиск из «Университетских известий» за 1896 год).

принципов этого строя или же нечто извне пригнанное; есть ли оно отголосок старого или же первый проблеск чего-то грядущего».

Какие же «коренные реформы» в изучении и преподавании гражданского права необходимы?

Во-первых, необходимо по-новому подойти к изучению «правового *прошлого* человечества». Для познания общих законов правового развития нельзя разделять непроходимой стеной историю римского права и историю отечественного гражданского права, историю своего гражданского права и историю гражданского права других народов.

> «... История права только тогда станет на высоту своего призвания, если она будет изучаться и преподаваться как наука единая, как *общая история гражданского права*.»

Во-вторых, необходимо глубокое теоретическое проникновение в «*настоящее* гражданско-правового строя», теоретическое изучение основных существующих гражданско-правовых отношений, которое предполагает:

> «... во-первых, уяснение фактического, житейского содержания этих отношений; во-вторых, той задачи, которую эти отношения ставят для права; в-третьих, тех принципов, которыми право вообще стремится удовлетворить этой задаче; и, наконец, критическое освещение этих принципов с точки зрения их отношения к поставленной праву задаче и к другим основам общественной жизни.»

Такое изучение требует, по убеждению И. А. Покровского, создания новой науки – *общей теории гражданского права, которая «не может быть соединена с догмой отдельного национального права».*

Третьей ступенью в системе теоретических наук о гражданском праве должна стать *политика гражданского права,* обращенная в *будущее.*

> «... Она должна изучать гражданское право как орудие в наших руках для достижения наших идеалов, она должна изучать действие правовых норм на развитие явлений общественной жизни и общественной психологии и дать нам искусство посредством гражданского права служить делу общего развития человечества.»

Лекция И. А. Покровского, о которой идет речь, примечательна многим, но прежде всего пониманием нравственного долга ученого-юриста. И в связи с этим нельзя пройти мимо того, как зрело и смело 28-летний романист, только что закончивший и еще не защитивший магистерскую диссертацию по истории римского права, определяет свое отношение к римскому праву. Теплотой окрашены объяснения «удивительной устойчивости» римского права, его логичности, его «необходимости в качестве предварительной школы цивилиста». Но на вопрос, чем вызвана эта необходимость, И. А. Покровский отвечает: главным образом тем, что *«римское право при существующей постановке цивилистического преподавания заменяет для нас общую теорию гражданского права»*. И далее поясняет:

> «... Римское право не есть еще самая теория гражданского права Римское право есть все-таки право положительное, одно из частных гражданских прав; оно само нуждается в высшем теоретическом освещении; его принципы должны быть так же подвергнуты теоретической и критической оценке, как и принципы других прав».

Глядя на сделанное И. А. Покровским в науке, видишь, что он неукоснительно следовал своей программе, выработанной в молодости и отражающей его твердые убеждения. И хотя не создал в собственном смысле слова ни «общей истории гражданского права», ни его «общей теории», ни «политики гражданского права» (не созданы они никем и доныне!), в каждую из этих намеченных им цивилистических наук он внес вклад неоценимый и неповторимый, а его «Основные проблемы гражданского права» – это по существу прообраз будущей истории и общей теории гражданского права, дающий систему этих наук, их основные идеи, конструкции и постановку проблем. Всю жизнь Иосиф Алексеевич следовал выработанному им в молодости методу: найти фундамент в прошлом гражданского права, убедившись в его добротности, теоретически осмыслить соотношение с ним того, что существует в настоящем гражданского права, и затем сказать, каким должно быть будущее гражданского права, чтобы оно устояло на древнем фундаменте цивилистических принципов и служило развитию человечества соответственно «высшим идеалам». Но для этого надо было иметь идеалы. У И. А. Покровского они были.

В 1898 году Иосиф Алексеевич защищает в родном Киевском университете магистерскую диссертацию, назначается «исполняющим должность экстраординарного профессора» университета и через какое-то время возглавляет кафедру истории римского права. С того же 1898 года И. А. По-

кровский активно включается в обсуждение проблем проекта Гражданского уложения России. Он делает несколько докладов в Киевском юридическом обществе, публикуя их затем в виде журнальных статей[1]. При этом широко использует опыт и знания, приобретенные в Германии, и часто прибегает к сопоставлению проблем русского проекта с теми проблемами, которые возникали и обсуждались при подготовке BGB.

Это, однако, отнюдь не означало, что научные интересы Иосифа Алексеевича окончательно переместились в область современного ему гражданского права. Впоследствии в посвященной его памяти статье (о ней речь впереди) одна из его учениц писала, что, защитив докторскую диссертацию по римскому праву, «И. А. не превратился в специалиста-историка, занимающегося отряхиванием пыли веков от хартий. Изучение римского права не стало для него самоцелью. Чрезвычайно характерно, что (если не считать «Истории римского права», выпущенной в качестве учебного пособия) все его дальнейшие печатные работы не являются историческими изысканиями...». И далее: «Все, кому удалось прослушать читавшийся им курс догмы римского права, подтвердят, что это была меньше всего сухая догматика; это была, по существу, изложенная «по поводу римского права» общая теория гражданского права...»[2] Слова эти требуют пояснения.

Без сомнения, читая догму (именно догму, то есть теорию, а не историю) римского права, И. А. Покровский использовал этот предмет и для того, чтобы преподать слушателям на его основе начала теории гражданского права вообще. О необходимости этого он сам говорил в приведенных выше словах его вступительной лекции 1896 года. В значительной мере справедливо утверждение, что после опубликования в 1902 году второй части работы «Право и факт в римском праве» и вплоть до издания «Истории римского права» печатные работы И. А. Покровского по римскому праву не появлялись[3]. Но не менее верно и то, что до конца своих дней Иосиф Алексеевич продолжал работать в области истории римского права. «История римского права» появилась лишь в 1913 году, когда ее автору было уже сорок пять лет, и за следующие пять лет выдержала три переиздания, в том числе два исправленных и дополненных. Сам автор скромно называл этот

---

[1] См. № 6, 8, 11, 13, 15 в библиографии И. А. Покровского.

[2] Семенова А. И. А. Покровский (к 5-летию со дня смерти). – Вестник советской юстиции. 1925. № 12. С. 474.

[3] Справедливо лишь отчасти, так как в 1904 г. появилась уже упоминавшаяся статья в сборнике, посвященном М. Ф. Владимирскому-Буданову, а в 1910 г. – подробнейший отзыв на обширную монографию В. Б. Ельяшевича о юридических лицах в римском частном праве (см. № 18 и 28 в библиографии И. А. Покровского).

учебник «элементарным руководством», но, как отмечает Н. Н. Полянский, его значение выходит «за пределы всей науки права вообще»[1].

Докторскую диссертацию И. А. Покровский защищал в 1902 году в Петербургском университете и вскоре был избран профессором юридического факультета этого университета, получив кафедру истории римского права. С осени 1903 года он начинает на факультете чтение лекций по истории римского права.

Вся дальнейшая жизнь Иосифа Алексеевича в Петербурге была наполнена обширной педагогической работой. Он постоянно читает историю римского права в университете, преподает «энциклопедию права и римского права» в Александровском лицее в Царском селе (1904–1907), читает курс догмы римского права на Петербургских высших женских (Бестужевских) курсах (1907–1913).

Очевидно, из-за перегруженности преподаванием литературные результаты научного творчества И. А. Покровского в петербургский период его жизни довольно скромны. Из нескольких появившихся в эти годы в печати его крупных статей должны быть особо отмечены две.

Первая – работа о естественно-правовых течениях в истории гражданского права, квинтэссенцию которой (в усовершенствованном виде) составила глава III «Основных проблем гражданского права»[2]. Вторая – дважды опубликованная (в 1906 и 1908 годах) статья «Право на существование», важнейшие положения которой приводит Н. Н. Полянский[3], знаменательна не только своим содержанием, но и тем, что положила начало публицистическим выступлениям Иосифа Алексеевича. По общественной значимости поставленного в ней вопроса, глубине нравственной убежденности автора и литературной форме изложения эта статья, если бы ее автор был широко известен, могла бы стать в один ряд с «Я обвиняю» Э. Золя и «Не могу молчать» Л. Толстого. Именно в ней впервые были сказаны слова «так дальше жить нельзя»!

Еще до опубликования этой статьи И. А. Покровский вступил на поприще политической деятельности, став заметным членом кадетской партии.

В 1910 году И. А. Покровский избирается деканом юридического факультета Петербургского университета, но в этой должности ему пришлось пробыть недолго. В том же 1910 году министром народного просвещения стал Л. А. Кассо, который в ответ на сочувственные настроения в среде либеральной профессуры студенческому движению и студенческим организа-

---

[1] Подробнее см. с. 338 настоящего издания.
[2] См. там же, с. 60–76.
[3] См. там же, с. 340.

циям учинил в 1911 году «небывалый в академической жизни разгром Московского университета», а затем ряда других высших учебных заведений[1]. Позднее он уволил всех слушательниц Высших медицинских курсов в Петербурге. Репрессии вызвали отставки в знак протеста многих видных профессоров императорских университетов. В январе 1912 года Иосиф Алексеевич подает прошение об освобождении от должности декана юридического факультета. В ответ он получает распоряжение Л. А. Кассо отправиться ординарным профессором в Харьковский университет. Перевода Иосиф Алексеевич не принял и в июле 1912 года подал в отставку.

В марте 1913 года И. А. Покровский был избран ординарным профессором Московского коммерческого института, собравшего тогда под своей крышей цвет русской профессуры, изгнанной Л. А. Кассо из государственных вузов. После окончания учебного года на Бестужевских курсах Иосиф Алексеевич переезжает в Москву. Начинается новый – самый плодотворный и самый тяжелый – период его жизни.

Именно в этот период И. А. Покровский создает работу, принесшую ему при жизни наибольший успех, – книгу «Основные проблемы гражданского права». Заказанная автору в качестве составной части популярного издания «Итоги науки», предпринятого книгоиздательским товариществом «Мир», и увидевшая свет впервые в составе этого издания, работа И. А. Покровского сразу же стала явлением общественной жизни: первые и притом весьма хорошие отзывы на нее появились не в юридических журналах, а в газетах. Последовавшие затем профессиональные рецензии были еще значительнее. Видный цивилист барон А. Нольде писал, что это «книга, рассчитанная на широкие круги читателей, «популярная», приобрела значение поистине выдающегося вклада в науку гражданского права»[2]. К заключению о том, что «работа проф. Покровского должна занять совершенно особое место в цивилистической литературе», приходил и другой рецензент этой книги[3]. Как признавался позднее сам И. А. Покровский, «книга вызвала к себе такой интерес, который далеко превзошел все ожидания автора». Иосиф Алексеевич готовит отдельное издание, которому было суждено увидеть свет уже в конце 1917 года.

---

[1] Милюков П. Н. Воспоминания. – М., Изд-во полит. литературы, 1991. С. 322. До занятия должности министра Л. А. Кассо был профессором гражданского права сначала Юрьевского, а затем Московского университета.

[2] Нольде А., бар. Очередные вопросы в литературе гражданского права. – Вестник гражданского права. 1916. № 2. С. 163.

[3] Лаппа-Старженецкая Е. Проф. И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. [Рец.]. – Журнал Министерства юстиции. – Пг., 1916. № 6. С. 336.

Наряду с работами, которые потом в той или иной мере вошли в «Основные проблемы», намеренно или невольно выполнив роль своего рода подготовительных этюдов к ней[1], И. А. Покровский в московские годы жизни продолжает активно заниматься политико-правовой публицистикой. По мере того, как в России нарастают драматические события – мировая война, февральская революция, октябрьская революция, гражданская война – растет его беспокойство за судьбы человека и его прав в родном отечестве. Он пишет и публикует брошюры, в которых, не таясь, выступает против классовой диктатуры (Этические предпосылки свободного строя, 1917) и берет под защиту от государства неотъемлемые права личности (Государство и человечество, 1919). Слова автора в первой из этих брошюр о том, как в создавшихся «условиях до крайности трудно сохранить ... душевное равновесие», перекликаются со словами Н. Н. Полянского о той боли, которою Иосиф Алексеевич «болел за мятущуюся родину».

Скончался Иосиф Алексеевич Покровский в Москве в ночь с 13 на 14 апреля 1920 года. Об обстоятельствах его смерти у нас не писали, но много лет спустя в юбилейном издании киевских профессоров, оказавшихся в эмиграции, было сказано, что этот «выдающийся цивилист, сделавший драгоценный вклад в теорию гражданского права, погиб от лишений, упав под тяжестью вязанки дров, которую он поднимал на своих слабых плечах в свою жилплощадь»[2]. Последняя работа И. А. Покровского «Право. Его действительность и его стремления», которую Н. Н. Полянский называет «лебединой песнью», не была опубликована.

ГЛАВНАЯ КНИГА И ГЛАВНАЯ ИДЕЯ. У Иосифа Алексеевича Покровского не было работ незначительных. Каждая из его статей и книг проникнута биением мысли и нравственного пульса. Тем не менее лучшее и, наверное, главное, что он создал, – «Основные проблемы гражданского права». Сам он писал об этой книге, что «рассчитанная не на специалистов-юристов, а на широкие круги просто интеллигентных читателей, она имеет своей целью дать общее, для всех доступное изложение основных проблем гражданского права». Может ли быть главным итогом деятельности крупного ученого всего лишь популярная работа?

Научно-популярная литература вообще труднейший жанр творчества, в особенности, как ни странным это может показаться, труднейший для ученого. Как-то с 17-го этажа гостиницы на Манхэттене я смотрел на толпу, заполнявшую улицы после конца рабочего дня. Шел теплый летний дождь и

---

[1] См. № 29, 35 и 36 в библиографии И. А. Покровского.

[2] Столетие Киевского университета Св. Владимира. – Белград, Изд. комитета киевских профессоров в Любляне, 1935. С. 29.

сверху было видно море разноцветных зонтов. Блестевшие под лучами солнца они двигались, колебались, перемещались, как живой цветник. Но каждый державший над собой зонт был не в состоянии взглянуть на эту красивейшую картину: подняв глаза, он мог увидеть лишь одноцветное полотно и металлические нервюры, на которые оно натянуто. Так же и большинство ученых, превосходно знакомых с мельчайшими деталями «механизма» своей области науки, оказывается не в состоянии объять всю картину соответствующей научной отрасли. «Деревья» действительно мешают увидеть «лес». И не случайно самые замечательные научно-популярные книги, такие, как «Охотники за микробами» Поля де Крюи или «Боги, гробницы, ученые» К. Керама, написаны не учеными.

Но из правила возникают исключения, когда за популярную работу берется не просто превосходный специалист, а ученый с широким кругозором и, главное, человек, представляющий собой Личность, со своим мировоззрением, нравственными устоями и литературным талантом. В таких случаях происходит чудо: книга, понятная и интересная непрофессионалу, становится ценнейшим научным произведением. Именно это произошло с «Основными проблемами...».

Хотя две другие книги И. А. Покровского («Право и факт в римском праве» и «История римского права») и сегодня представляют интерес как глубокие и оригинальные произведения правовой литературы и, надо надеяться, будут со временем переизданы, все-таки они вкупе с многочисленными монографическими и публицистическими статьями Иосифа Алексеевича оказались ступенями той лестницы, по которой он поднялся к своей главной книге.

По сути, этой книгой автор осуществляет программу, которую он за двадцать лет до того, будучи молодым преподавателем Киевского университета, предложил в своей вступительной лекции. «Основные проблемы...» – своего рода общая история гражданского права. Это не собрание фактов, не дотошный перечень законов и дат их появления на свет, – но это история и развитие каждого из главнейших институтов гражданского права в отдельности и «перспективных линий эволюции» гражданского права в целом. «Основные проблемы...» – это также общая теория гражданского права. И не только потому, что в ней понятно рассказывается о таких сложнейших проблемах, как возмещение морального вреда, общая и специальная правоспособность, защита владения как такового, вина и безвиновная ответственность, и о многих других. Слово превосходного теоретика, свободно владеющего всем инструментарием гражданского права, притом прошлым и настоящим, стоит за каждой фразой этой книги. Ее можно сравнить с айсбергом: то, что мы читаем, покоится на невидимом огромном объеме знаний

автора. Сообразно авторскому замыслу И. А. Покровский рассматривает теоретические проблемы гражданского права в целом, не деля его на право свое и чужое и свободно переходя от прусского права к австрийскому, от французского к швейцарскому, от итальянского к российскому. В меньшей мере «Основные проблемы...» представляют собой изложение политики гражданского права, если понимать под ней рецепты о создании или изменении конкретных законов. Но если, как и автор, понимать под ней «орудие для достижения наших идеалов» и «искусство посредством гражданского права служить делу общего развития человечества», то такой политикой наполнена вся книга.

«Основные проблемы...» замечательны тем, что при широчайшем диапазоне рассматриваемых в этой книге проблем, норм и теорий, представляющих все гражданское право с его древней историей, огромным законодательством и богатством научной мысли, вся книга, не только во всех ее частях, но и во всех деталях пронизана и окрашена мировоззрением автора. Иосиф Алексеевич не только не скрывает этого, но сам подчеркивает, что сознательное отношение как к праву в целом, так и к гражданскому праву невозможно без решения «общих философских вопросов».

> «Право есть явление, обладающее двоякой природой. С одной стороны, мы имеем в нем факт действительности, некоторую силу, которая ... регулирует общественные отношения. С другой стороны, нормы права являются средством для достижения таких или иных социальных целей на пути стремления к достижению того или иного «социального идеала». Сообразно этой двоякой природе права и наше отношение к нему двояко. С одной стороны, право предстоит нашему сознанию как некоторое явление из «мира сущего», и мы стремимся познать его в таком виде (догматически и исторически). С другой стороны, **мы не можем не оценивать его с точки зрения тех социальных целей, которым оно служит...**»[1]

Такое понимание права неизбежно влечет вопрос о целях, которым оно служит и которым должно служить, об истине, к которой оно должно стремиться, и о критериях определения этой истинной цели.

---

[1] Покровский И. А. Естественно-правовые течения в истории гражданского права. – СПб., Тип. Б. М. Вольфа, 1909. С. 38–39 (выделено мною. – *А. М.*).

> «Где же искать этих критериев? ... Нужные критерии могут быть найдены только в общих представлениях о должном, а эти последние представления определяются общими воззрениями на мир, человека и общество Всякие практические реформы стремятся опереть себя на такие или иные **этически обязательные начала** ... Всегда право должно подлежать оценке с точки зрения ... таких или иных общих начал должного, определяемых **общим мировоззрением**.»[1]

И вот тут возникает один из главных вопросов философии вообще, философии права в особенности, поскольку все оно находится в сфере долженствования: в чем суть должного? От ответа на этот вопрос зависит и суть мировоззрения. Иосиф Алексеевич Покровский ответил для себя на этот вопрос еще в молодости, не в последнюю очередь, вероятно, под влиянием глубоких занятий римским правом и его историей. Выработанная им твердая мировоззренческая позиция определяла все его научное и публицистическое творчество, ей он следовал всю жизнь и был верен во всех испытаниях духа, какие посылала ему судьба. Наиболее ярко и сжато существо этой глубоко нравственной, гуманистической позиции И. А. Покровский сформулировал в одной из последних работ:

> «Если мы не допускаем ... превращения человека в простое средство для целей других то, очевидно, верховной истиной для нашего нравственного сознания является **идея самоценности человеческой личности**. Только такой правовой порядок мы можем считать этически безупречным, в котором каждый отдельный человек будет в равной мере с другими рассматриваться как **самоцель**, будет признаваться одинаковой **самоценностью**.»[2]

Эту «верховную истину нашего нравственного сознания», извлеченную из глубокого проникновения в прошлое и настоящее, в историю права и «большие общефилософские проблемы», Иосиф Алексеевич отдает обратно гражданскому праву:

---

[1] Покровский И. А. Естественно-правовые течения С. 39–40 (выделено мною. – *А. М.*).
[2] Покровский И. А. Этические предпосылки свободного строя. Лекция, читанная на курсах для подготовки народных лекторов в Моск. ком. инст. – М., 1917. С. 12–13.

> «Гражданское право искони и по самой своей структуре было **правом отдельной человеческой личности**, сферой ее свободы и самоопределения. Здесь впервые зародилось представление о человеке как субъекте прав, т. е. представление о личности, как о чем-то юридически самостоятельном и независимом даже по отношению к государству и его властям.»[1]

С позиций найденной им «верховной истины» Иосиф Алексеевич подходит к гражданскому праву во всех своих работах, но наиболее последовательно представляет свои взгляды в «Основных проблемах...». Здесь он поверяет этой «верховной истиной» все важнейшие институты гражданского права. И выясняется, что даже в отношениях, где индивид как будто бы не присутствует и не участвует, основные проблемы связаны с ним, с его интересами, правами и свободой – с этой точки зрения чрезвычайно интересна глава о юридическом лице, названная автором «Проблема производной личности...»[2]. Особое внимание автора привлекают «перспективные линии эволюции» гражданского права, и, анализируя многие его сферы, но особенно сферу личных прав и прав на интеллектуальную собственность, Иосиф Алексеевич приходит к выводу:

> «С ростом человеческой личности, с развитием индивидуального самосознания сфера субъективных прав растет, а вместе с тем **раздвигаются пределы гражданского права**, и все оно приобретает более и более индивидуалистический характер...»[3]

Но все более основательная защита личности выражается не только в расширении рамок гражданского права, не только, если можно сказать, в его «разрастании вширь», но и в его «углублении»:

---

[1] Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – Пг., 1917. С. 309 (выделено мною. – *А. М.*).

[2] О том, насколько такой подход допустим и современен, свидетельствует постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 октября 1996 г., признавшего, что хозяйственные общества и товарищества «по своей сути являются объединениями – юридическими лицами, которые созданы гражданами для совместной реализации таких конституционных прав, как право свободно использовать свои способности и имущество для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности». – Собрание законодательства РФ, 1996. № 45. Ст. 5202.

[3] Покровский И. А. Основные проблемы ... С. 309 (выделено мною. – *А. М.*).

> «... на более высоких ступенях развития усиливается сознание самобытности и особности каждой отдельной личности, и вместе с тем начинает чувствоваться потребность в праве на эту самобытность, в праве на индивидуальность чем далее, тем определеннее наблюдается движение по пути охраны человеческой личности как таковой во всей совокупности ее индивидуальных интересов и особенностей»[1].

Предметом правовой охраны становятся имя и его коммерческий аналог – фирма, письма и собственное изображение или вообще интимная сфера и, что особенно важно, честь индивида.

> Пусть пока иски «об установлении ложности возведенного оскорбительного сообщения и о запрещении повторять его впредь ... еще не везде и не в полной мере завоевали себе права гражданства, – ход развития неизбежно приведет к ним ...»[2]

Хочется и дальше приводить, и приводить слова И. А. Покровского – о праве человека на защиту чести, на защиту одной единственной личности от большинства, о ее праве на определенность права и на защиту от судебного произвола, о границах прав индивида. Об этом и многом другом Иосиф Алексеевич пишет с глубокой убежденностью, мысли его ярки, а слова просты и точны. Но читатель может убедиться в этом сам, обратившись к его главной книге. Здесь сказать надо о другом.

МУЖЕСТВО. Стройная система мировоззрения И. А. Покровского, как видно из сказанного, имеет в основе глубокие нравственные принципы. Его «Основные проблемы...» – это, по существу, теория гражданского права в соединении с теорией нравственности. Но, сравнивая эту работу с основным трудом Л. И. Петражицкого[3], легко заметить различие в том, как «соединяется» право с нравственностью у этих двух крупнейших ученых-современников и, кроме того, увидеть еще одно важное отличие труда И. А. Покровского:

---

[1] Покровский И. А. Основные проблемы ... С. 99–100.

[2] Покровский И. А. Право на честь. Маленькая иллюстрация к большому вопросу. – Пг., 1916. С. 7.

[3] См. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – Изд. 2-е, испр. и доп. СПб. Т. I, 1909; Т. II, 1910.

логика у него сплавлена с чувством, его научные доводы – это глубокие личные убеждения, это его вера.

Поэтому события, которые начали развертываться в мире и в России с началом мировой войны, стали для И. А. Покровского не только испытанием его философии права, но и глубоко личной трагедией: казалось, должна рухнуть его вера в прогрессирующее развитие человеческой личности, в торжество гуманистических начал и укоренение права в жизни общества. Тем более, что Иосиф Алексеевич сразу же понял истинные масштабы происходящего как «критический момент» российской истории.

О том, что происходило в действительности в душе Иосифа Алексеевича, можно только догадываться. Но написанное им в эти годы, возможно, лучше, чем какие-либо конкретные факты, свидетельствует о большом мужестве этого «ученого строго академической выправки», как называет его Н. Н. Полянский.

Для России первая мировая война началась 1 августа 1914 года. А уже осенью того же года Иосиф Алексеевич публикует статью[1], которая буквально вопиет против варварства, обрушившегося на мир:

> «Забыто все то, что еще так недавно и, казалось, так прочно соединяло культурные народы Европы; забыты искания правды, забыта наука, заброшено искусство и прахом разлетелось то вненациональное единство, которое так тщательно и бережно вырабатывалось на почве этих исканий».

Идут еще первые недели и месяцы войны и необходимо немалое мужество, чтобы в это время всеобщего патриотизма публично выступить со словами:

> «... надо быть справедливыми: если в последнее время центром культа силы, центром милитаризма была Германия, то нельзя сказать, чтобы и другие страны, даже те, ... которые с нею воюют, были совершенно чисты в этом отношении».

Надо иметь не только мужество, но и почти пророческий дар, чтобы в эти дни, когда еще до Версальского мира остается пять лет, а до 1939 года – четверть века, сказать, что победа Германии ничего не решит и не исправит:

---

[1] Покровский И. А. Сила или право? – Юридический вестник. 1914. Кн. VII–VIII (отд. оттиск).

> «Пройдет короткое время, и прежняя тревога за спокойное существование возникнет снова, и снова мир будет жить под дамокловым мечом еще более ужасной войны».

На вопрос, в чем же «основной жизненный нерв современной трагедии», Иосиф Алексеевич отвечает: в том, что «единственным критерием международной политики являются интересы государства, то есть государственный эгоизм; единственным мерилом осуществимости этого эгоизма служит сила». Иными словами, архаичное международное право и кулачный характер межгосударственных отношений уже совершенно не соответствуют достигнутой человечеством цивилизации.

> Но «... этому должен быть положен конец. Самая громадность нынешней войны ставит перед человеческим сознанием ... вопрос об освобождении от гнетущего мир кошмара ... Жизнь человечества должна быть построена на разумных и нравственных началах Пусть нынешняя война явится решительным переломом от силы к праву...»

Ценой колоссальных жертв, морей крови, лишений человечество этот перелом все-таки совершило. Но и сегодня мы не можем сказать, что перелом этот окончательный, что рецидивов не будет. Призыв к нашему сознанию остается в силе.

Особых слов требует уже цитировавшаяся статья-лекция И. А. Покровского «Этические предпосылки свободного строя», написанная в смутное время между двумя революциями 1917 года[1]. Сам автор писал об этом времени так:

> «История, скупо дававшая нам до сих пор крупицы свободы, вдруг в один момент выбросила нам все, предоставляя нам, но вместе с тем и принуждая нас быстро возводить новое государственное здание целиком от самого основания». И далее: «Революция политическая теснейшим образом переплетается с революцией социальной, а это неизбежно и до крайности осложняет и то, и другое, создавая повышенную возбудимость внутренних настроений, междуобщественную подозрительность и недоверие». И еще: «Ис-

[1] Покровский И. А. Этические предпосылки свободного строя. Лекция, читанная на курсах для подготовки народных лекторов в Моск. ком. инст.

> тория как будто нарочно поставила нас в такую обстановку, чтобы мы наделали как можно больше непоправимых ошибок ...»

Как будто о нас написано! Тем внимательнее надо прислушаться к советам и предостережениям автора. А суть их состоит в том, что предметом особой заботы в подобные эпохи должно быть укрепление нравственных основ общества, внесение в его коллективную психологию «оздоровляющих мыслей и чувств», ибо она далеко не свободна от пороков невежества, дефектов воли и извращений чувства. И крайне опасно бросать в общество («в народную душу») «лозунги, могущие вызвать такой эффект, который приведет в ужас самих тех, кто эти лозунги бросает».

Нельзя нести в общество «учение о том, **что право идет вслед за силой**», т. е. идею диктатуры:

> «... никакие **диктатуры** не соответствуют представлению о должном правопорядке, ибо всякая диктатура, по самому своему понятию, опирается только на силу, является насилием, деспотизмом Опираясь только на силу, всякая диктатура тем самым узаконяет насилие и над собой и таким образом водворяет в общественном сознании только один режим – режим кулачного права...»

Не способствует оздоровлению общества и **теория классовых интересов**, ибо каждый класс может в равной мере защищать свой интерес. Не является непогрешимым и то, что «кажется многим совершенно бесспорной аксиомой политики, – ... интерес или **благо большинства**».

> «... Принцип большинства в его обычном вульгарном понимании превращается в проповедь безграничного господства большинства над меньшинством. Власть большинства не желает тогда знать над собой никаких границ: все для нее дозволено, все законно... И вот мы имеем тогда пред собой ... быть может, самую тираническую из всех тираний вообще... Опасность такого рода тираний особенно велика в революционные эпохи ...»

На каких же этических основах должен в таком случае, по мнению И. А. Покровского, создаваться новый общественный строй? Он называет два главных принципа. Прежде всего это упоминавшийся «принцип само-

ценности человеческой личности», на котором покоится «постепенное признание в истории **прав меньшинства и неотъемлемых прав человека**». Но признание самоценности своей личности повелительно диктует и уважение к другим, а «начало уважения к чужой личности и признание ее прав приводит к сознанию самой широкой **социальной солидарности**».

Социальная солидарность означает недопустимость экономической эксплуатации одного класса другим и самые широкие социальные реформы, но она не обязательно предполагает полную централизацию экономики. И далее И. А. Покровский еще более жестко повторяет сказанное им в «Основных проблемах...»:

> «Не подлежит никакому сомнению, что в случае своего осуществления социалистическая централизация всей экономической жизни страны создаст в руках государства доселе невиданную силу, охватывающую индивида со всех сторон, во всех, даже самых мелких, моментах его существования ... Не исключена возможность, что новая государственная власть будет злоупотреблять своей силой для подавления духовной свободы меньшинства».

Проходит всего два года, и многие опасения И. А. Покровского сбываются. Он выступает с новой работой – «Государство и человечество», небольшой книгой-брошюрой, явно рассчитанной на массового читателя[1]. Повторяя и развивая мысли из «Основных проблем...» и «Этических предпосылок...», Иосиф Алексеевич старается донести до своих новых читателей три главные идеи.

Почему, спрашивает автор, мы, каждый в отдельности признающие себя подчиненными требованиям права и нравственности, «организованные в совокупность, имя которой государство, вдруг делаемся от них свободными»? Ясными и простыми доводами он приводит читателя к ответу на этот вопрос:

> «Везде – с какой бы стороны мы ни подходили к нашему положению в роли руководителей деятельностью государства – ... мы неизбежно подчинены требованиям нравственности; политика не может уйти от них. Не может так же, как не можем мы уйти от самих себя, от голоса своего разума и своей совести».

---

[1] Покровский И. А. Государство и человечество. – М., 1919.

Но нравственная политика – не единственное, чего может требовать личность от государства.

> Есть область веры, область мысли, область духовной жизни в целом, где «никакому принуждению извне не может быть места», и соответственно есть «... известная сфера индивидуальных прав, которые современное правосознание признает абсолютно неотъемлемыми ни для кого... Все чаще и чаще обществу и государству приходится со всем самоотречением констатировать: *пусть мы имеем большой интерес в том или другом, но мы не имеем на это никакого права...*».

Но тогда неизбежен вопрос – где же найти управу на государство? Отвечая на него, Иосиф Алексеевич заканчивает свою книгу пророческими словами:

> «... история не хочет остановиться. Она ставит на очередь вопрос о правовой организации всего человечества, о создании общечеловеческого права и общечеловеческого суда». И далее: «... наступит момент, когда на этом форуме сможет выступить в качестве истца против своего государства и отдельный человек... Через оболочку государства протянет свои руки личность ко всему человечеству, на государственную совесть будет апеллировать к совести общечеловеческой, и в этой апелляции неотъемлемые права личности найдут себе наивысшую санкцию, которая только возможна для них здесь – на нашей грешной, но правды ищущей и по правде тоскующей земле».

Если читатель задумается над этими словами, то пусть он вспомнит, что написаны они в 1919 году, в голодной, холодной Москве, в раздираемой гражданской войной России уже совсем немолодым русским интеллигентом, который о судьбе своей и своих близких вряд ли мог загадывать даже на несколько дней!

ЗАБВЕНИЕ. К глубокому огорчению, для настоящего издания не удалось не только найти фотографию Иосифа Алексеевича, но даже восстановить его внешний облик по описаниям. То немногое, что дает хоть какую-то возможность представить, как выглядел этот человек, его речь, манеры, сказано в нескольких строках в конце статьи Н. Н. Полянского. Могли написать об этом и другие, но не написали, справедливо полагая, что гораздо важнее

сказать о мыслях, идеалах и работах ученого. А. Е. Семенова, заканчивая статью о нем, писала: «Нам хотелось бы коснуться еще деятельности И. А. Покровского как преподавателя ... и дать хотя бы беглое представление о том нравственном авторитете и личном обаянии, какими он заслуженно пользовался как человек и учитель. Но это уже из области личных воспоминаний, которым здесь не место ...»[1]

Не выходит из головы пушкинская фраза: «Мы ленивы и нелюбопытны». Чтобы узнать об И. А. Покровском, что называется, из первых рук, надо было только спросить у человека, который считал Иосифа Алексеевича одним из двух своих учителей и который был моим главным учителем, – у Екатерины Абрамовны Флейшиц[2]. На протяжении пятнадцати лет, вплоть до самой смерти Екатерины Абрамовны в 1968 году, мы виделись чуть ли не ежедневно, а теплота и доверие почти родственных отношений позволяли разговаривать на любые темы и задавать любые вопросы. И «Основные проблемы...», прочитанные еще в студенческие годы, не единожды становились предметом нашего разговора. Но память не сохранила ни какого-либо особого проявления в этих разговорах моего интереса к фигуре И. А. Покровского, ни запоминающихся рассказов о нем Екатерины Абрамовны. А было так просто спросить и так легко узнать – о родителях Иосифа Алексеевича и о его семье, об обстоятельствах его жизни, на которые так скупы его биографии и сохранившиеся воспоминания, об отношениях с коллегами и учениками, о внешности и речи, о вкусах и привычках, наконец, о причине столь раннего ухода из жизни.

В какой-то момент работы над настоящим изданием мелькнула надежда.

Прочтя в номере «Права и жизни» за 1922 год статью Н. Н. Полянского об И. А. Покровском и по привычке перелистывая журнал дальше, на последней странице я обнаружил маленькую заметку петитом под заголовком «Кружок имени И. А. Покровского». В заметке сообщалось, что 12 марта 1922 года при Московском институте народного хозяйства (бывшем Коммерческом институте) состоялось «торжественное открытие Правового кружка имени Иосифа Алексеевича Покровского». Кружок был открыт «по инициативе студентов» последнего (3-го!) курса экономического факультета, занимавшихся в семинарах по праву профессоров Б. Д. Плетнева и В. Н. Шретера[3]. На открытии кружка присутствовал «сын покойного».

---

[1] Семенова А. И. А. Покровский (к 5-летию со дня смерти). С. 475.

[2] Е. А. Флейшиц (1888–1968) была одним из крупнейших цивилистов советского периода нашей истории. Подробнее о ней см. статьи С. Н. Братуся (Ученые записки Всесоюзн. Ин-та юрид. наук. Вып. 9. 1959. С. 3–12) и Г. Н. Полянской (Ученые записки ВНИИ сов. закон-ва. Вып. 14. 1968. С. 5–33).

[3] Право и жизнь. Кн. первая. Июнь 1922. С. 114.

Вскоре в другом издании – в Большой советской энциклопедии, на той же странице, где была помещена небольшая статья о «русском буржуазном ученом-юристе» Иосифе Алексеевиче Покровском, я обратил внимание на статью о Георгии Иосифовиче Покровском, «советском ученом в области технической физики, генерал-майоре инженерно-технической службы»[1]. Отчество, год рождения (1901) и упоминание в статье о том, что Г. И. Покровский «в 1923 окончил Московский институт народного хозяйства», позволяли думать, что речь идет о сыне И. А. Покровского.

Наведенные справки подтвердили предположение. Кроме того, выяснилось, что Георгий Иосифович Покровский был крупнейшим специалистом в своей области[2]. Созданные им теории широко использовались, в частности, при строительстве крупных гидротехнических сооружений (канала Москва–Волга, гидроузла на реке Вахш) и селезащитной плотины над Алма-Атой (на реке Малая Алматинка). Действительно, от яблони яблочко недалеко падает!

Почти всю жизнь Георгий Иосифович проработал в двух военных академиях – Военно-инженерной и Военно-воздушной. Но в 1968 году он ушел в отставку, а в январе 1979 года скончался. Детей у него не было.

Ниточка опять оборвалась, причем оборвалась не так уж давно. А ведь еще до 1979 года можно было найти, спросить, узнать ...

Почему же в течение столь долгого времени ни я, да и, кажется, никто другой, кто знал об И. А. Покровском и его книгах не понаслышке, не заинтересовался личностью этого выдающегося человека, его последними годами, его последней, теперь уже, наверное, канувшей в неизвестность работой?

Нельзя сказать, что имя и труды И. А. Покровского были при советской власти под запретом.

Кажется, самые резкие слова о нем в советской литературе были сказаны в 1925 году в упоминавшейся статье А. Е. Семеновой. Статья эта сама по себе любопытна для понимания уже начавшего в то время складываться конформистского менталитета советской интеллигенции. Очевидно, что этой статьей ее автор отдает долг памяти учителя: удивительно точно и сжато обрисовывая сделанное И. А. Покровским в цивилистике, А. Е. Семенова пишет о нем с глубоким уважением и симпатией, если не с любовью, – о его «мастерском анализе», «блестящей работе», «широком философском кругозоре». Но это не мешает ей в той же статье в заключение написать, что И. А. Покровский «проповедовал самый необузданный идеализм и индивидуализм», отражал

---

[1] БСЭ. 2-е изд. Т. 33. – М., 1955. С. 491.

[2] Г. И. Покровский был доктором технических наук (1938), профессором (1932), заслуженным деятелем науки и техники (1967), лауреатом Государственной премии СССР (1971), был награжден многими орденами.

взгляды «мелко-буржуазной» интеллигенции и даже выполнял «роль идеологического прикрытия буржуазных вожделений», чего сам, к счастью, не понимал[1].

За И. А. Покровским закрепляется почти официально ярлык «русского буржуазного ученого-юриста»[2], но табу на его имя наложено не было. В 1941 году, вскоре после начала войны, выходит монография Е. А. Флейшиц «Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран»[3], представлявшая собой ее докторскую диссертацию, защищенную в 1940 году. В ней Екатерина Абрамовна в подтверждение своих доводов неоднократно ссылается на И. А. Покровского и его работы, в том числе, на первой же странице, на «Основные проблемы гражданского права». Без боязни ошибиться можно утверждать, что сама тема диссертации была ею избрана под влиянием идей и трудов И. А. Покровского, несмотря на явную несозвучность темы атмосфере, господствовавшей в стране в конце 30-х годов. Правда, вскоре после выхода в свет на книгу Е. А. Флейшиц был поставлен гриф «для служебного пользования». Тем не менее в 1944 году Дмитрий Михайлович Генкин в одном из первых и лучших советских учебников гражданского права, рекомендуя литературу предмета, после длинного перечня «работ классиков марксизма» называет и «Основные проблемы гражданского права» Покровского (в соседстве со статьей А. Я. Вышинского!)[4]. В том же году Е. А. Флейшиц делает на конференции Московского университета доклад «И. А. Покровский и его вклад в науку гражданского права», в котором называет И. А. Покровского «носителем лучших традиций передовой русской научной и общественной мысли», а его «Основные проблемы...» – «выдающимся явлением не только в русской, но и в литературе XX в. вообще»[5].

---

[1] Судя по всему, А. Е. Семенова быстрее других восприняла марксистские взгляды на право. В 20-х годах она много выступала и публиковалась, особенно на Украине, так как жила и работала в Харькове. В конце 30-х годов она была арестована, но, к счастью, попала в мизерное число тех, кто вскоре был освобожден. Перед войной А. Е. Семенова опубликовала несколько небольших статей, но всерьез вернуться к преподаванию или в науку ей позволено не было.

[2] См. БСЭ. 2-е изд. Т. 33. С. 491; Українська радянська енциклопедія. Т. 11. – Київ, 1963. С. 311; БСЭ. 3-е изд. Т. 20. – М., 1975. С. 168.

[3] Флейшиц Е. А. Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран. – Ученые труды. Вып. VI (Всесоюзн. ин-т юрид. наук). М., Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941.

[4] Агарков М. М., Братусь С. Н., Генкин Д. М. и др. Гражданское право. Т. I. Учебник для юрид. институтов (Всесоюзн. ин-т юрид. наук). – М., Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941.

[5] Флейшиц Е. А. И. А. Покровский и его вклад в науку гражданского права // Научная конференция «Роль русской науки в развитии мировой культуры». 5–12 июня 1944 г. Программы и тезисы докладов. – М., Изд. МГУ, 1944. С. 101–103.

Если запрет на труды И. А. Покровского и существовал, то он, вероятно коснулся лишь двух последних опубликованных работ – «Этических предпосылок свободного строя» (1917) и «Государства и человечества» (1919): во всяком случае, в каталогах библиотек они не встречались.

Но с конца 40-х годов имя И. А. Покровского из цивилистической литературы исчезает. Если на него и ссылаются, то только как на одного из дореволюционных историков римского права. Хотя и по поводу этой его роли в науке встречаются странные умолчания[1]. Точно так же нельзя сказать, что имя И. А. Покровского осталось неизвестным советской литературе по истории цивилистической и вообще правовой мысли. Но ссылались на него исключительно как на критика догматизма и позитивизма в буржуазном правоведении[2]. К существу же его работ, к их положительному, а не критическому содержанию и к их главной теме в советские времена не обращались. Постепенно И. А. Покровский вообще «выпал» из истории отечественной правовой мысли. Посвященный ей фундаментальный труд, появившийся на свет уже в нынешнее время, когда авторов, кажется, ничто не может сдерживать, кроме их убеждений, об И. А. Покровском вообще не упоминает[3].

Забвение славного для отечественного правоведения имени И. А. Покровского имеет много причин. Нельзя исключить даже, что те, кто имел действительное представление о личности и трудах Иосифа Алексеевича, не желали замарать себя критикой этой светлой фигуры. Но среди многих причин, по которым, казалось, канули в Лету и это, и многие другие крупные звенья российской цивилистики, была одна главная. Причину эту назвал сам И. А. Покровский, сказав незадолго до октября 1917 года: «Нить исторической эволюции для нас как-будто прервалась ...»[4] Предвидел ли он сам, на-

---

[1] В подробнейшей библиографии работ по римскому праву, сопровождающей фундаментальный учебник Д. В. Дождева (Д о ж д е в Д. В. Римское частное право. Учебник для вузов. – М., 1996. С. 610–644) и включающей «наиболее значительные труды прошлого», в которой названы учебники В. В. Е ф и м о в а, И. Б о г о л е п о в а, В. М. Х в о с т о в а, не упомянут ни один из трудов И. А. Покровского. Невольно вспоминаешь о том, что даже в курсе гражданского права, вышедшем в 1938 году (!), учебник И. А. Покровского был назван И. С. П е р е т е р с к и м первым в числе дореволюционных учебников по истории римского права, хотя все вместе они были заклеймены, поскольку «отражают идеалистические концепции и совершенно игнорируют классовую борьбу» (Гражданское право. Часть вторая. Учебник для юрид. вузов. – М., Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938. С. 486 – Всесоюзн. ин-т юрид. наук).

[2] См. К р а с а в ч и к о в О. А. Советская наука гражданского права (понятие, предмет, состав и система). – Ученые труды (Свердловский юридический институт). Т. VI. – Свердловск, 1961. С. 353; З о р ь к и н В. Д. Позитивистская теория права в России. – Изд-во Моск. Ун-та. 1978. С. 188.

[3] См. История политических и правовых учений. Учебник для юрид. вузов и факультетов / Под ред. В. С. Нерсесянца. – М., Изд. «Инфра. М-Кодекс», 1995, 728 с.

[4] П о к р о в с к и й И. А. Этические предпосылки свободного строя. С. 3.

сколько провидческим окажется этот парафраз гамлетовского «Прервалась связь времен...»?

Действительность, как известно, превзошла самые худшие предположения. Из нашей истории, культуры, науки выпал целый пласт достижений человеческой мысли, в том числе и мысли правовой. И если мы не хотим быть вынуждены строить свою жизнь по шпаргалкам, может быть, прекрасным, но выражающим результат другого исторического пути других народов, мы должны восстановить выпавшие звенья, в том числе звенья нашей цивилистической мысли.

Этот путь нам предлагает и президентская Программа «Становление и развитие частного права в России»[1]. В этой программе, в частности, сказано:

> «В России до 1917 года сформировалась одна из лучших в мире цивилистических школ. Традиции этой школы не были сломаны и в советский период. Работы российских цивилистов последнего столетия не потеряли научного и образовательного значения и сегодня. Достаточно широкий доступ к ним, однако, ограничен, так как соответствующие издания стали раритетами. Элементом современной частноправовой культуры научные и практические разработки выдающихся российских цивилистов станут при их переиздании».

И хотя мы уже вступили на этот путь, важным шагом на котором является переиздание главной книги И. А. Покровского, путь предстоит долгий, и не такой простой, каким может показаться на первый взгляд.

В дореволюционной российской цивилистике работало немало крупных и даже блестящих ученых. К. Н. Анненков, М. М. Винавер, Ю. С. Гамбаров, Д. Д. Гримм, А. Х. Гольмстен, Н. Л. Дювернуа, А. И. Каминка, С. А. Муромцев, М. Я. Пергамент, Л. И. Петражицкий, А. А. Пиленко, В. И. Синайский, Г. Ф. Шершеневич – это не полный перечень имен тех, чьи труды заслуживают быть донесенными до современного читателя. Но дело не только в том, чтобы найти эти труды и перепечатать с соблюдением современной орфографии. Надо еще, чтобы читателю стали понятны обстоятельства, в которых эти труды были написаны, суть проблем и поводов, вызвавших их к жизни,

---

[1] Программа «Становление и развитие частного права в России» разработана Исследовательским центром частного права и одобрена Указом Президента Российской Федерации от 7 июля 1994 г. (Собрание законодательства РФ. 1994. № 11. Ст. 1191).

законы и имена, которыми оперируют авторы, оценка этих трудов как современниками, так и с позиций последующего развития гражданского права ...

Положение осложняется тем, что приведенный большой перечень имен цивилистов, в основном, либерального и демократического направления, не позволяет обойти полным молчанием тех, кто, играя в дореволюционной науке заметную роль, представлял собой фигуры, как теперь принято говорить, «неоднозначные», – прежде всего К. П. Победоносцева, автора известного в свое время трехтомного курса гражданского права.

Но самые трудные задачи связаны с необходимостью не допустить, чтобы восстановление выпавших звеньев дореволюционной цивилистики повлекло забвение сделанного учеными советского периода. Было бы прискорбно, если бы слова «и я сжег все, чему поклонялся, поклонился всему, что сжигал», сделались нашим девизом. В президентской Программе верно сказано, что традиции цивилистической школы России не были сломаны и в советский период. Но те, кто поддерживал эти традиции, прекрасные наши учителя – М. М. Агарков, С. И. Аскназий, С. Н. Братусь, А. В. Венедиктов, Д. М. Генкин, М. В. Зимилева, Л. А. Лунц, И. Б. Новицкий, В. К. Райхер, В. И. Серебровский, Е. А. Флейшиц, Б. Б. Черепахин и многие другие – не только имели дело с совершенно иным нормативным материалом, но и жили в принципиально ином обществе. В известном смысле – с позиций общечеловеческой, а не отечественной цивилизации, – труды этих людей значат больше сделанного их предшественниками: наши учителя были непосредственными участниками того уникального и жестокого эксперимента, который поставила на России история, притом участниками отнюдь не слепыми – духовно и профессионально одаренными и честными, хотя и вынужденными силою обстоятельств к компромиссам и конформизму.

И, может быть, пройдя путь, на который мы ступили, и восстановив выпавшие звенья отечественной цивилистической мысли, наши преемники смогут повторить слова И. А. Покровского, сказанные им о своих и наших далеких предшественниках: «... труд предшествовавшего времени не пропал даром – юриспруденция вернулась, но не к тому же пункту, на котором она была раньше, а значительно выше над ним»[1].

* * *

Настоящая публикация книги И. А. Покровского не является репринтным изданием. Там, где текст, приводимый автором на немецком, француз-

[1] Покровский И. А. Естественно-правовые течения ... С. 28.

ском языках и на латыни, не может быть понят из контекста без перевода, в сносках дается его перевод. За помощь в этой работе приношу искреннюю благодарность Г. Е. Авилову, Т. Д. Аиткулову и Р. И. Каримуллину. Особо признателен О. Ю. Шилохвосту за составление библиографии И. А. Покровского.

Профессор А. Л. Маковский

ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

От автора

Выпускаемая в настоящий момент книга была написана, первоначально, для издания «Итоги науки» (книгоиздательства «Мир») и лишь в небольшом количестве отдельных оттисков была разослана некоторым юридическим учреждениям и представителям науки гражданского права в России. Несмотря на сравнительно слабое распространение, она, однако, вызвала к себе такой интерес, который далеко превзошел все ожидания автора. Равным образом превзошла все ожидания и та оценка, которой удостоилась книга со стороны компетентных кругов. Ряд весьма лестных рецензий (И. В. Гессен в «Праве», 1916 г., № 4, А. Э. Нольде в «Вестнике гражданского* права», 1916 г., кн. 2, Е. А. Лаппа-Старженецкая в «Журнале Министерства Юстиции», 1916 г., кн. 6, Ф. В. Тарановский в «Биржевых Ведомостях», 1916 г., от 6 апреля, С. М. Левин в «Дне», 1916 г., от 25 февраля) завершился присуждением со стороны Академии Наук (по рецензии профессора М. Я. Пергамента, пока еще не напечатанной) большой премии имени Ахматова. Все это в связи с беспрерывно поступающими ко мне запросами заставляет меня думать, что книга отвечает некоторой серьезной потребности и что отдельное издание ее не будет излишним.

Историческое происхождение книги всецело объясняет ее общий характер. Рассчитанная не на специалистов-юристов, а на широкие круги просто интеллигентных читателей, она имеет своею целью дать общее, для всех доступное изложение основных проблем гражданского права. Вследствие этого в ней нельзя искать ни полноты исторического и законодательного материала, ни обилия литературных цитат: задачей книги является сосредоточение внимания на основном и главном, на перспективных линиях эволюции, на высших пунктах правовых исканий; всякие излишние детали лишь ослабляли бы цельность впечатления.

Установление указанных общих перспективных линий сделало неизбежным соприкосновение с большими общефилософскими проблемами. Многолетняя работа над самыми жгучими вопросами гражданского права привела автора уже давно к тому убеждению, что все эти вопросы теснейшим образом связаны с основными вопросами философии права вообще. Больно чувствовалось, насколько мы, юристы-цивилисты, не сознаем этого и насколько при решении наших крупнейших вопросов мы идем беспринципно и наугад. Воспитанные на позитивистической боязни перед всяким подобием

---

* В книге сохранены особенности написания текста и примечаний оригинала, но, где это возможно, развернуты (без употребления квадратных скобок) необщепринятые сокращения и исправлены замеченные редакционные погрешности и опечатки предыдущего издания. – *Ред.*

«метафизических естественно-правовых фантазий», погруженные в повседневную и кропотливую догматическую работу, мы окончательно отвыкли от широкой теоретической трактовки наших проблем и потеряли всякую связь с глубокими идейными течениями нашего времени. Можно ли удивляться при таких условиях тому, что наука гражданского права стала казаться какой-то оторженной от жизни, засохшей схоластикой, а цивилисты – какой-то замкнутой отживающей кастой?

Казалось, напротив, необходимым осветить наши цивилистические проблемы именно с точки зрения общефилософской, показать биение в них живого общечеловеческого духа, ввести их в круг идейных интересов всякого мыслящего гражданина. Именно эту задачу ставят перед собою настоящие очерки. Автор их, разумеется, отлично сознает, что разрешить эту задачу в полной мере ему не удалось; обычной проторенной дороги перед ним не было и от вопроса к вопросу надо было рубиться самому через непроезжий девственный лес. Вследствие этого разнообразные пробелы и погрешности, особенно в деталях, были неизбежны. Я очень благодарен гг. рецензентам за сделанные ими в этом отношении указания. Все самое существенное из этих указаний мною тщательно взвешено и принято во внимание. Там, где их указания признаны мною справедливыми, в тексте внесены соответствующие исправления; там же, где я не мог с ними согласиться, в добавочных примечаниях мною даны краткие объяснения. Но и за всем тем, по моему собственному сознанию, остается еще многое, что должно было быть сделано в желательном направлении, но мною не сделано. Книга остается тем, чем была – лишь первым опытом, первым наброском той большой работы, для которой необходимы силы и знания не одного человека, а многих.

С тех пор, как книга была написана, в жизни нашего отечества совершился огромный переворот. Но этот переворот не дал мне оснований изменить что-либо в содержании: то, что было сказано мною тогда, при старом режиме, может быть повторено полностью теперь, когда мы находимся перед созиданием нашего нового свободного строя. Переворот только приблизил нас к великим вопросам, и то, что имело тогда лишь теоретическое значение, приобрело теперь характер непосредственных практических задач.

При новых условиях русские граждане в полной мере держат будущие судьбы свои в своих руках. Они сами являются теперь строителями своей жизни, творцами своего права. Но для того, чтобы строить и творить, надо прежде всего больше знать и больше понимать: известный уровень юридических знаний делается теперь общегражданской обязанностью. И если предлагаемая книга хоть несколько поможет русскому обществу разобраться в основных вопросах гражданского права, если она поможет ему в предстоящем строительстве, то она появилась ненапрасно.

Ренан когда-то сказал: политика подобна пустыне; в ней идут наугад – то на север, то на юг, – просто потому, что надо идти; но никто не знает, где добро, где зло. Мы же думаем, что, как для пустыни, так и для политики есть свой компас. Стрелка этого компаса всегда поворачивается к одному пункту – именно к тому, где сходятся свобода и социальная солидарность, и пусть русское общество никогда не сбивается с этого пути.

Москва.

Июнь 1917 г.

I. ПОНЯТИЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ВОПРОС О ЕГО СОЦИАЛЬНОЙ ЦЕННОСТИ

Термин «гражданское», или «частное», право известен с очень давних времен. Уже древние римские юристы оперируют с этим термином, расчленяя всю обширную область права на две большие сферы – сферу права публичного (jus publicum) и сферу права частного, или гражданского (jus privatum, или jus civile). С той поры это деление является прочным достоянием юридической мысли, составляя непременный базис научной и практической классификации правовых явлений.

Несмотря на такую, можно сказать «незапамятную», давность употребления, самый критерий различий между правом публичным и частным остается до сих пор невыясненным. Даже более того: современному исследователю этого вопроса может показаться, что чем далее, тем более вопрос запутывается и делается безнадежно неразрешимым.

Долгое время юриспруденция довольствовалась тем определением этого различия, которое еще было дано старыми римскими юристами: публичное право – это то, которое имеет в виду интересы государства как целого, а частное право – то, которое имеет в виду интересы индивида как такового («publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem»*). Но более тщательное исследование XIX века обнаружило всю теоретическую и практическую несостоятельность этой формулы. Разве такое или иное строение семьи, собственности или наследования безразлично для государства как целого? И тем не менее все это бесспорные институты гражданского права. Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного.

Римское определение существа гражданского права не могло устоять перед подобными критическими вопросами, и наука вынуждена была искать новых путей. Здесь не место излагать длинную историю этих исканий. Одни из мыслителей пытались указать такой или иной материальный критерий, полагая, что различие между правом публичным и частным кроется в самой материи, в самом содержании регулируемых отношений: довольно распространенным было некоторое время воззрение, что единственной теоретически правильной сферой гражданского права является сфера отношений

* [«публичное право это то, которое относится к пользе римского государства, частное – которое [относится] к пользе отдельных лиц» – лат. (Ульпиан. Дигесты, 1, 1, 1, 2.)]

имущественных (в Германии З о м , у нас К а в е л и н , М е й е р). Другие, напротив, усматривали критерий различия в стороне ф о р м а л ь н о й , т. е. в способе судебной защиты: право публичное то, которое охраняется по инициативе власти в порядке суда уголовного или административного, а право частное то, которое охраняется по инициативе частного лица и в порядке суда гражданского (Т о н , у нас Д ю в е р н у а и др.). Но и то, и другое течения разбивались о весьма веские возражения, и неудивительно, если эти неудачи вызвали появление совершенно скептического отношения к нашему вопросу: нет вовсе никакого принципиального отличия между правом публичным и частным; самое это деление, созданное римскими юристами для своих чисто исторических нужд, в настоящее время утратило свое значение и если еще в теории сохраняется, то лишь исключительно по традиции (Ш л о с с м а н , у нас Д. Г р и м м).

Но это скептическое настроение может быть понято только как временное состояние научной усталости. Юриспруденция инстинктивно чувствует, что в основе нашего различия лежит нечто не случайно-историческое, а глубоко принципиальное; она с м у т н о улавливает глубокую разницу в самом д у х е права публичного и частного и, несмотря ни на что, продолжает держаться этого деления как основы всей научной классификации. И думается, что ее инстинкт ее не обманывает.

Право, как известно, имеет своей общей целью регулирование междучеловеческих отношений. Но если мы присмотримся ближе к с п о с о б а м или п р и е м а м этого регулирования, то мы заметим следующее крупное различие.

В одних областях отношения регулируются исключительно велениями, исходящими от одного единственного центра, каковым является государственная власть. Эта последняя своими нормами указывает каждому отдельному лицу его юридическое место, его права и обязанности по отношению к целому государственному организму и по отношению к другим отдельным лицам. Только от нее, от государственной власти, могут исходить распоряжения, определяющие положение каждого отдельного человека в данной сфере отношений, и это положение не может быть изменено никакой частной волей, никакими частными соглашениями (еще римские юристы говорили: publicum jus pactis privatorum mutari non potest). Регулируя все эти отношения по собственному почину и исключительно своей волей, государственная власть принципиально не может допустить в этих областях рядом с собой никакой другой воли, ничьей другой инициативы. Поэтому исходящие от государственной власти нормы имеют здесь безусловный, принудительный характер (jus cogens); предоставляемые ею права имеют в то же самое время характер обязанностей: они должны быть осуществлены, так как неосущест-

вление права явится неисполнением сопряженной с ними обязанности (бездействием власти).

Типичным и наиболее ярким образцом описанного приема правового регулирования является современная организация народной обороны, т. е. военных сил страны. Здесь все сводится к одному единственному управляющему центру, от которого только и могут исходить нормы, определяющие жизнь целого и положение каждого отдельного индивида. Эти нормы определяют, подлежит ли данное лицо воинской повинности или нет; если подлежит, то они властно и принудительно указывают ему его место в рядах войска, определяют его положение как рядового или офицера в таком-то полку и т. д. И никакие частные соглашения не могут изменить в этом положении ни одной черточки: я не могу заменить вас на службе, поменяться с вами полками или предоставить вместо себя место офицера. Все здесь подчинено одной руководящей воле, одному командующему центру: все здесь централизовано.

Вот этот-то прием юридической централизации и составляет основную сущность публичного права. То, что так ярко и непосредственно ощущается в сфере военного права, представляет общую характерную черту всех отраслей права публичного – права государственного, уголовного, финансового и т. д.

К совершенно иному приему прибегает право в тех областях, которые причисляются к сфере права частного, или гражданского. Здесь государственная власть принципиально воздерживается от непосредственного и властного регулирования отношений; здесь она не ставит себя мысленно в положение единственного определяющего центра, а, напротив, предоставляет такое регулирование множеству иных маленьких центров, которые мыслятся как некоторые самостоятельные социальные единицы, как субъекты прав. Такими субъектами прав в большинстве случаев являются отдельные индивиды – люди, но, сверх того, и различные искусственные образования – корпорации или учреждения, так называемые лица юридические. Все эти маленькие центры предполагаются носителями собственной воли и собственной инициативы и именно им предоставляется регулирование взаимных отношений между собой. Государство не определяет этих отношений от себя и принудительно, а лишь занимает позицию органа, охраняющего то, что будет определено другими. Оно не предписывает частному лицу стать собственником, наследником или вступить в брак, все это зависит от самого частного лица или нескольких частных лиц (контрагентов по договору); но государственная власть будет охранять то отношение, которое будет установлено частной волей. Если же она и дает свои определения, то, по общему правилу, лишь на тот случай, если частные лица почему-либо своих опреде-

лений не сделают, следовательно – лишь в восполнение чего-либо недостающего. Так например, на случай отсутствия завещания государство определяет порядок наследования по закону. Вследствие этого нормы частного права, по общему правилу, имеют не принудительный, а лишь субсидиарный, восполнительный характер и могут быть отменены или заменены частными определениями (jus dispositivum). Вследствие же этого гражданские права суть только права, а не обязанности: субъект, которому они принадлежат, волен ими пользоваться, но волен и не пользоваться; неосуществление права не составляет никакого правонарушения.

Таким образом, если публичное право есть система юридической централизации отношений, то гражданское право, наоборот, есть система юридической децентрализации: оно по самому своему существу предполагает для своего бытия наличность множества самоопределяющихся центров. Если публичное право есть система субординации, то гражданское право есть система координации; если первое есть область власти и подчинения, то второе есть область свободы и частной инициативы[1].

Таково в самом схематическом виде принципиальное различие между правом публичным и частным. Однако при этом нужно иметь в виду следующее.

1. Граница между публичным и частным правом на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном и том же месте, области одного и другого многократно менялись. То, что в одну эпоху регулировалось по началам юридической децентрализации и, следовательно, относилось к области частного права, в другую эпоху перестраивалось по типу юридической централизации и таким образом переходило в область публичного права, и наоборот. Мы не можем здесь вдаваться во всестороннее исследование исторического взаимоотношения между этими областями, но укажем некоторые примеры подобного перестроения.

Известно, например, что в древнейшую эпоху еще только зарождавшаяся и слабая государственная власть не вмешивалась в ту область, которая составляет в настоящее время сферу уголовного права: возмездие за причиненную обиду, месть или соглашение о штрафе предоставлялись самим заинтересованным лицам. Вследствие этого, например, в старом римском праве членовредительство или воровство составляли явления не публичного, а

[1] Критерий юридической централизации или децентрализации был выдвинут впервые проф. Петражицким («Die Lehre vom Einkommen», II, S. 462 и сл., «Ученые Зап. Киевского Унив.», 1896 г., кн. 8) и Р. Штаммлером («Wirtschaft und Recht», «Das Recht der Schuldverhältnisse»). Новейшее учение проф. Петражицкого – см. его Теория права. Т. II (1910), стр. 647 и сл.

частного права: мщение осуществлялось самим потерпевшим или его близкими, штраф устанавливался и взыскивался по частной инициативе и в порядке обыкновенного гражданского суда. Но затем мало-помалу государство начинает брать отношения, возникающие по поводу преступлений, исключительно в свои руки, отстраняя принципиально частную волю лиц, непосредственно заинтересованных. Раз совершено преступление, положение преступника определяется исключительно волею власти, и никакая частная воля этого положения изменить не может: государство по собственной инициативе привлекает виновного к ответственности и налагает на него соответственное наказание; даже прощение потерпевшего не может устранить ни преследования, ни наказания. Для частных определений и соглашений нет никакого места; положение преступника определяется велениями, исходящими из одного единственного центра – власти – совершенно так же, как это мы видели выше в деле военной организации. Уголовное право (даже в сфере преступлений против частных лиц) перестало быть частным правом и перешло в категорию права публичного.

Приблизительно то же самое мы наблюдаем в истории и по отношению ко многим другим областям общественной жизни – народного здравия, народного образования и т. д. Таким путем область публичного права постепенно росла и развилась до нынешней весьма сложной системы.

С другой стороны, есть примеры обратного процесса. Так например, в значительной степени современный вопрос об отделении церкви от государства, с юридической точки зрения, является не чем иным, как именно вопросом о перенесении всей данной области отношений из сферы права публичного в сферу права частного: удовлетворение религиозных потребностей должно быть предоставлено частным союзам верующих, которые будут регулировать свои отношения путем своих частных соглашений.

2. Помимо указанной исторической изменчивости границ надо иметь в виду и то обстоятельство, что даже в каждый данный момент эти границы не представляют резкой демаркационной линии. Как по сию, так и по ту сторону границы, как в области публичного, так и в области частного права всегда есть большие или меньшие отступления в сторону противоположного принципа. Так например, известно, что еще не так давно некоторые государственные должности приобретались покупкой, т. е. путем частно-правовой сделки. Известно, далее, что и в настоящее время, по исключению, по поводу известных преступлений преследование начинается не иначе, как по частной инициативе, и что иногда возможно прощение. С другой стороны, в области гражданского права нередки случаи принудительных норм, которыми государство ограничивает свободу частных соглашений; таковы, например, многие нормы

так называемого рабочего законодательства, нормы, ограничивающие свободу собственности и т. д.[1] Жизнь заставляет во многих случаях прибегать к известному комбинированию обоих указанных приемов, и если мы разделяем области публичного и частного права одну от другой, то мы руководимся при этом лишь тем о с н о в н ы м принципом, на котором каждая из них построена.

Все эти данные, а в особенности отмеченная выше историческая изменчивость границ, свидетельствуют о том, что в различии между правом публичным и частным мы имеем дело не с различием интересов или отношений, а с различием в п р и е м а х правового регулирования, т. е. с критерием не материальным, а ф о р м а л ь н ы м, хотя и совершенно в ином смысле, чем это предполагалось до сих пор. Нет такой области отношений, для которой являлся бы единственно возможным только тот или только другой прием; нет такой сферы общественной жизни, которой мы не могли бы себе представить регулированной как по одному, так и по другому типу.

Так например, выше в качестве наиболее яркого образца публично-правовой системы централизации была приведена организация дела военной обороны. Но мы можем себе представить (а история являет тому и реальные примеры), что какая-нибудь страна охраняет себя при помощи наемных дружин, которые в свою очередь составляются из лиц, добровольно вступивших туда по вольному найму. В таком случае все дело военной обороны оказалось бы построенным по принципу не публичного, а частного права: наряду с казенными подрядчиками для производства каких-нибудь работ появились бы подрядчики для защиты от врага, наемные condotieri, со своими частными дружинами.

Равным образом, государственное управление, осуществляющееся ныне при помощи строго централизованной системы государственного чиновничества, в древнем Риме в раннюю эпоху принципата осуществлялось при посредстве частных агентов императора, зачастую из его собственных вольноотпущенников.

С другой стороны, можно легко представить себе всю область экономических отношений, область, которая является в настоящее время областью частного права по преимуществу централизованной, т. е. перестроенной по началам права публичного: заведывание всем производством и распределением находится в руках центральной власти, деятельность каждого отдельного индивида определяется по началам трудовой повинности и т. д.

---

[1] Весьма интересные примеры переплетения публичных и частных норм читатель может найти у Л. С. Т а л я Очерки промышленного права. 1916 г.; «Концессионные договоры городских общественных управлений» в «Вестнике гражданского права» за 1915 г., кн. 7.

Даже область семейственных отношений мы можем представить себе организованной по началам публичного права. Вообразим, что какое-нибудь государство, задавшись целью количественного или качественного улучшения прироста населения, пришло к мысли организовать и эту область отношений по принципу государственной повинности: все мужчины, находящиеся в известном возрасте и обладающие нормальным здоровьем должны вступать в брак и притом с женщинами, указанными им соответствующей властью. Пусть подобный порядок вещей кажется нам полной нелепостью и недопустимым посягательством на самые интимные стороны человеческой личности, – но он все же мыслим. К тому же история дает примеры того, что попытки в этом направлении бывали. Нам незачем обращаться с этой целью к экзотическому государству перуанских инков, в котором ежегодно достигнувшая зрелости молодежь в определенный день собиралась на площади, и здесь представители власти соединяли пары, по их мнению, подходящие[1]. Достаточно вспомнить хотя бы известный брачный закон императора Августа – lex Julia et Papia Poppaea, – который устанавливал именно такую общую обязанность для всех мужчин от 25 до 50 лет и для всех женщин от 20 до 45 лет состоять в браке и иметь детей. Правда, для лиц, не исполняющих этой обязанности, не была установлена ни тюрьма, ни какое-либо иное уголовное наказание; им грозили только известные имущественные невыгоды (невозможность получать по завещаниям), но все же этим предписанием римское право вступало (хотя частично и временно) на путь организации семейных отношений по принудительным началам права публичного.

Таким образом, как тот, так и другой приемы правового регулирования т е о р е т и ч е с к и применимы ко всякой области общественных отношений. Какой именно из них будет применен в том или другом случае в данном конкретном историческом обществе, – это зависит от всей совокупности жизненных условий. Во всяком случае каждый из этих приемов имеет свою особую с о ц и а л ь н у ю ц е н н о с т ь. Прием властного регулирования отношений из одного единственного центра, принцип публичного права, имеет то преимущество, что сильнее сплачивает общество, вносит легко обозримую определенность и планомерность во всю ту область жизни, к которой он применяется. Но зато он имеет и свои теневые стороны. С одной стороны, он предполагает такую сильную центральную, т. е. государственную, власть, которая способна фактически осуществить централизованную организацию; а, с другой стороны, этот прием, передавая все в данной сфере в руки государства, естественно понижает частную заинтересованность и частную инициативу и при известных условиях способен привести к полному

[1] R. d e l a G r a s s e r i e . Les principes sociologiques du droit civil. 1906, p. 119.

подавлению личности. В свою очередь, принцип юридической децентрализации, внося в соответственную область общественной жизни известный элемент случайности и неопределенности, взамен вызывает наибольшее напряжение частной предприимчивости и энергии; если там эта последняя стимулируется принуждением, то здесь она стимулируется свободой и личным интересом.

По-видимому, уже при самом зарождении правопорядка вообще ему свойственны оба эти приема, и едва ли можно утверждать, что право публичное древнее права частного или наоборот. Конечно, начиная с самых ранних эпох, доступных нашему наблюдению, происходят в этом отношении самые разнообразные перестроения, в результате которых в одной области право частное сменяется публичным, в другой – публичное частным. Но во всяком случае, оставляя глубокую древность в стороне и ограничиваясь историческими явлениями, нам ближе известными, мы можем констатировать, что во всех более развитых правовых системах частно-правовой прием свободы и децентрализации применяется (помимо отношений семейственных) главным образом к сфере э к о н о м и ч е с к и х отношений, т. е. ко всем тем видам деятельности, которые посвящены производству и распределению экономических благ. Бесспорным историческим фактом до сей поры является то обстоятельство, что по мере того, как общество прогрессирует, по мере того, как в нем обнаруживается необходимость перехода к высшим формам хозяйственной деятельности, соответственные отношения все более и более проникаются частно-правовыми началами. Чем более ощущается потребность в полном развитии народной предприимчивости и энергии, тем более область имущественных отношений перестраивается по началам индивидуальной свободы и самоопределения. Падают всякие остатки исторической зависимости лиц и вещей, заменяясь принципом свободы собственности, свободы договоров, завещаний и т. д.

Мы увидим далее, что именно в этом освобождении индивидуальной энергии заключалась сущность прогрессивных стремлений в гражданском праве на всем протяжении его истории вплоть до законодательств XIX века. С уничтожением последних остатков так называемой féodalité civile и с отказом от тенденций «просвещенного абсолютизма» XIX век вступил в жизнь с лозунгом свободы и равенства.

Но, как известно, попытка полного осуществления этого лозунга принесла очень скоро и горькие разочарования. В связи развитием промышленной техники и усилением капитализма система индивидуальной хозяйственной свободы и государственного невмешательства привела к расширению пропасти между богатыми и бедными, капиталистами и рабочими. Являясь юридически свободными и равными, последние оказались в жестокой зави-

симости от первых, оказались в высокой степени экономически несвободными и неравными. И чем далее, тем более давали себя знать разнообразные печальные последствия конкуренции и эксплуатации, создавая тот огромный социальный вопрос, который составляет основную тему всего XX века.

На почве этого вопроса в качестве наиболее радикальной попытки его разрешения выросло то широко развившееся движение, которое носит название социализма. Мы не можем касаться этого движения во всей его целости, но юридическая сторона социализма не может быть нами обойдена, так как именно по отношению к гражданскому праву он ставит вопрос не о чем ином, как о самом «быть» или «не быть» этого последнего.

Социализм, как известно, не представляет течения абсолютно единого: он имеет много оттенков, от самых умеренных до самых крайних. Но если мы возьмем это движение в его общем и основном, то мы увидим, что юридическая сущность тех реформ в экономической области, которые признаются им желательными, а экономическим материализмом провозглашаются даже неизбежными, заключается в следующем.

На смену нынешнего порядка, построенного на началах частной собственности и частной хозяйственной инициативы и приводящего к экономическому хаосу, конкуренции, эксплуатации, кризисам и т. д., должен возникнуть другой порядок, при котором собственность на средства производства будет принадлежать обществу, и все операции производства и распределения будут регулироваться по единому разумному плану. «Как скоро главною целью государственной деятельности, – говорит, например, А. Менгер, – сделается истинное общественное благо, т. е. удовлетворение жизненных потребностей всех граждан, государство необходимо должно будет устранить частную организацию работ и заменить ее общественной. Замена частной организации общественных работ публичной имеет своей необходимой предпосылкой уничтожение всяких обязательственных отношений между отдельными гражданами и допущение их только в отношениях между гражданами и государством. Бесчисленные центры, которые в настоящее время совершенно самостоятельно руководят общественным трудом, должны быть уничтожены, как были уничтожены бесчисленные прежде центры политической власти»[1].

Как видим, вопрос идет не о чем ином, как об осуществлении той гипотезы, которая предусматривалась выше, т. е. о замене в области экономических отношений системы юридической децентрализации системой централи-

[1] Новое учение о государстве. Рус. пер. Жбанкова. 1905, стр. 134, 135.

зации или, говоря иначе, о полном перестроении ее по началам права публичного[1].

Как явствует уже из приведенных выше исторических примеров, такое перестроение само по себе ничего немыслимого не представляет. Пусть полная централизация всей огромной экономической области значительно труднее, чем централизация других областей общественной жизни, но признать ее невозможной мы никаких оснований не имеем. Однако, с другой стороны, мы знаем, что такое перестроение не всегда является и признаком прогресса. Выше был указан случай (вопрос об отделении церкви от государства), когда наше растущее правосознание требует как раз противоположного. Равным образом, там же был указан и другой случай (брачные отношения), где подобная централизация представилась бы нам самым вопиющим вторжением в сферу интимнейших сторон человеческого существования, самым недопустимым извращением самой природы.

Таким образом, переход от частно-правового начала к публично-правовому отнюдь не всегда обозначает переход к высшим формам человеческого общения; вследствие этого вопрос о желательности такого перехода в сфере экономических отношений должен быть, очевидно, решаем на основании таких или иных специальных соображений. И мы знаем, что вопрос этот вызывает горячие, страстные споры. Если, с одной стороны, с таким перехо-

---

[1] Изложенное здесь мнение о том, что социализм принципиально отрицает частное право, Б. А. К и с т я к о в с к и й (в своей новейшей книге «Социальные науки и право». 1916 г., стр. 578–579) объявляет «безусловно неправильным». «В социалистическом обществе, – говорит он, – каждому будет гарантирована своя рубашка, свой сюртук, своя комната, т. е. частная собственность, необходимая для удовлетворения личных потребностей, будет обеспечена за каждым». По этому поводу мы здесь ограничимся только следующим. Конечно, никто не станет отрицать, что в социалистическом строе каждому будет гарантирована «своя» рубашка и т. д., но слишком поспешно делать отсюда вывод, будто это и есть частная собственность. «Своя» рубашка есть и в нынешнем строе у солдата, у арестанта, у призреваемых в казенных богадельнях и т. д., и тем не менее едва ли г. Кистяковский признает эту «свою» рубашку частной собственностью солдата, арестанта, богаделки. Отношения их к этой «своей» рубашке суть, несомненно, отношения не частного, а публичного порядка. Сам г. Кистяковский сотней страниц ранее (стр. 444–445) со ссылкой на того же Менгера говорит без оговорок: «В с е те виды индивидуальной и общественной деятельности, которые в современном правовом государстве составляют область частно-правовых отношений, в социалистическом государстве превратятся в область публично-правовых отношений, регулируемых государством и государственной властью». А несколькими страницами позже (стр. 589), говоря о проекте социализации земли, он одобряет мнение В. Чернова, который характеризует социализированные отношения отдельных лиц к земле как субъективные п у б л и ч н ы е права: между тем и здесь у отдельных лиц может оказаться «свое» поле, «своя» хата. Конечно, представления отдельных социалистов могут быть более последовательными и менее последовательными, но едва ли может подлежать оспариванию, что именно п р и н ц и п и а л ь н о экономическая централизация отрицает и должна отрицать частную собственность, частный оборот, частное накопление и частное наследование.

дом связываются надежды чуть ли не на наступление «золотого века» на земле, то, с другой стороны, предлагаемый централизованный строй характеризуется как новое «грядущее рабство», которое неминуемо повлечет за собой полную гибель культуры и возвращение к варварству. Мы не призваны обсуждать здесь этот острый вопрос во всей его целости, но считаем необходимым обратить внимание на один момент, который имеет для такого или иного отношения к вопросу весьма важное значение.

Нельзя отрицать того, что установление публично-правовой организации всего народного хозяйства увеличит власть государства над индивидом по сравнению с нынешним состоянием во много раз. В руках государства, т. е. практически в руках правящего «большинства», окажется почти безграничная возможность господствовать над всеми сторонами индивидуального существования. При таких условиях вполне понятны опасения перед подобным «étatisme sans mesures et sans limites»*, с точки зрения самых несомненных прав отдельной личности (например, прав на свободу религиозного исповедания, свободу мысли и т. д.), которые оказались бы отданными à la merci государства в неизмеримо большей степени, чем теперь. Именно этим опасением объясняется не только оппозиция со стороны таких «либералистов», как Спенсер и другие, но и усиливающееся развитие анархизма, который является, быть может, наиболее горячим врагом социализма. Чем сильнее выставляются социалистические требования, чем возможнее кажется их практическое осуществление, тем громче в виде протеста раздается и анархическое отрицание всякого государства. Сами наиболее вдумчивые представители социалистического направления не могут отказать этим опасениям в известной основательности, не могут не сознавать опасности чрезмерной власти государства с точки зрения прав и интересов отдельной человеческой личности.

Вот что говорит, например, тот же А. М е н г е р [1]: «Не лишено оснований и то опасение, что эта государственная форма будет злоупотреблять своею громадной экономической властью для подавления личности, подобно тому как современное государство подавляет политическую свободу личности... Не нужно забывать, что далеко не всякая экономическая выгода может искупить подавление индивидуальной свободы; только там, где дело идет о важных экономических интересах всего общества, возможно будет подчинить деятельность граждан государственному принуждению. В противном случае можно опасаться широкого распространения в народном рабочем государстве индивидуалистических течений, отрицающих его сущность,

* [«этатизмом без меры и без предела» –фр.]

[1] [Новое учение о государстве], стр. 79.

подобно тому как в настоящее время распространение индивидуализма становится главным фактором социализма».

Таким образом, очевидно, что вопрос о замене нынешней частно-правовой организации хозяйства организацией социалистической есть в о п р о с н е т о л ь к о э к о н о м и ч е с к и й. Он сталкивается с вопросом о пределах государственной власти над индивидом, с давним спором между личностью и государством о признании за первой известных «неотъемлемых прав» и о способах их гарантии. Но об этом вопросе нам придется говорить несколько далее.

Как бы то ни было, вопрос о перестроении экономических отношений по началам публично-правовой централизации только поставлен XIX веком на обсуждение; решение же его, очевидно, не есть дело сегодняшнего или завтрашнего дня. Тем не менее, уже самая постановка его во многих отношениях определила общее направление целого ряда весьма важных течений в современном гражданском праве.

II. ИСТОРИЧЕСКИЕ КОРНИ СОВРЕМЕННОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА. НАЦИОНАЛЬНЫЕ И УНИВЕРСАЛЬНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ В НЕМ

Институты гражданского права – семья, собственность, наследование и т. д. – составляют глубокую юридическую подпочву всякого общества. Вследствие этого гражданское право является гораздо менее подвижным, чем право публичное. В то время как нормы публичного права легко поддаются веяниям момента, исторические процессы в области гражданского права измеряются веками и для современников часто вовсе незаметны (З о м)[1]. На поверхности, в области государственного устройства, могут произойти серьезные изменения – монархия может смениться республикой, аристократия демократией, – а основы гражданского строя могут долго еще оставаться одними и теми же. Конечно, известной зависимости между правом публичным и частным отрицать нельзя, но, с одной стороны, эта зависимость не столь непосредственна, а, с другой стороны, преобладание в этой зависимости принадлежит скорее праву гражданскому, чем публичному.

При такой медленности, «секулярности» гражданско-правовых процессов нет ничего удивительного, если исторические корни современного гражданского права Европы уходят далеко в глубь времен. Всемирно-историческая преемственность имеет место в области права в такой же степени, как и в области культуры вообще: право является лишь одним из элементов этой общечеловеческой культуры.

Передовые носители этой культуры, народы Европы, происходят, как известно, от одного общего, арийского, корня. Еще до своего разделения на своей общей прародине арийцы достигли известной ступени культуры и права. Пусть эта общая отправная ступень древнеарийской культуры и правопорядка может быть познана нами лишь в самых общих чертах – во всяком случае несомненным историческим фактом является для всех европейских народов их п е р в о н а ч а л ь н о е п р а в о в о е е д и н с т в о .

Последовавшее затем постепенное выделение отдельных частей, долгое передвижение их к местам их позднейшего поселения в Европе и раздельная жизнь в течение длинного промежутка времени привели, конечно, к образованию известных национальных, п л е м е н н ы х р а з л и ч и й . Когда поднимается завеса нашей истории, каждая отдельная крупная ветвь арийских народов (греки, италики, кельты, германцы, славяне) появляется пред нами уже с значительными чертами своей племенной индивидуальности,

[1] Systematische Rechtswissenschaft (в издании Kultur der Gegenwart). 1906, S. 1.

национальной особенности. Общая арийская основа получила в каждой отдельной ветви свое особое национальное развитие.

Но если период переселения был периодом разъединения народов в области культуры и права, то дальнейшая история приводит их снова к постепенному сближению. Народы старшие передают свою культуру и право младшим; народы-современники, благодаря развитию мирного общения, оказывают друг на друга взаимное влияние.

Уже в глубокой древности образовалось оживленное экономическое и культурное общение народов, обитавших на побережьях Средиземного моря. В этом общении культура арийская вошла в соприкосновение со своей ранее развившейся сестрой – культурой семитической – и многое позаимствовала от нее. Египтяне, греки, карфагеняне, этруски и т. д. уже, по-видимому, задолго до нашей эры вышли из стадии национальной изолированности и находились между собой в разносторонних отношениях. Но особенную интенсивность приобрело это общение со времен образования римского государства, охватившего единой политической организацией большинство участвовавших в этом общении народов. Для регулирования этого экономического общения было создано то р и м с к о е п р а в о, которому суждено было затем играть такую беспримерную роль в истории гражданского права всех нынешних народов Европы.

В древнейшую эпоху, когда Рим представлял небольшую общину с несложным общественным и хозяйственным строем, живущую замкнутой жизнью почти вне всякого мирного общения с другими народами, римское право, естественно, являло собой архаическую систему, пригнанную к примитивному натуральному (земледельческому и пастушескому) хозяйству и пропитанную духом национальной исключительности. Каждый негражданин, как и у других примитивных народов, считался за врага, стоящего вне покровительства закона, за существо бесправное; вследствие этого, конечно, мирная торговля и экономические сношения с соседними народами были немыслимы. Во внутренних отношениях римское право покоилось еще в значительной степени на началах общинного и родового строя; как лица, так и имущества были во многом связаны и несвободны; экономическая жизнь текла вяло по руслу, твердо установленному отцовскими и дедовским шаблонами.

Все это должно было радикально измениться с того момента, когда Рим превратился в огромную мировую державу. Став центром политической жизни мира, Рим в то же время с исторической неизбежностью должен был сделаться и центром упомянутого мирового экономического общения, мирового торгового оборота. Перед его трибуналом сходились все нити этого оборота, и естественно, если под влиянием потребностей этого последнего римское право, призванное теперь регулировать не примитивную жизнь маленькой

национальной общины, а сложные отношения интернационального оборота, должно было постепенно, но радикально преобразовать себя.

С одной стороны, для того, чтобы явиться вполне пригодным фундаментом для оборота, в котором принимали участие самые различные национальности, оно, очевидно, должно было отвлечься от всяких специфических национальных особенностей, сделаться правом *супранационального, универсальным*. И оно действительно делается таковым. На протяжении нескольких веков римское право впитывает в себя здоровые начала международного оборота и превращается из права собственно римского в некоторое общее право всего античного мира.

С другой стороны, развитие экономической жизни требовало в самом Риме освобождения личности от всяких связывавших ее пут, требовало свободы собственности, свободы договоров, свободы завещаний и т. д. Повинуясь этим требованиям, римское право проникается духом *индивидуализма*, принципами индивидуальной свободы и самоопределения.

Преобразованное в обоих указанных направлениях преторским эдиктом, законодательством, но главным образом беспримерной в истории человечества юриспруденцией, римское право нашло себе законченное выражение в знаменитом своде императора Юстиниана – *Corpus Juris Civilis* (529–533 гг. по Р. Х.) – своде, который играл затем в дальнейшей истории гражданского права совершенно исключительную роль.

Но в этот момент во всемирной истории наступает, как известно, решительный перелом. В объединенную жизнь античного мира вторгаются более поздние пришельцы из той же арийской прародины – *германцы*. Если они уже давно давали себя знать на периферии греко-римского мира, то теперь они хлынули внутрь и залили собою всю обширную область античной культуры и права. И все на земле перемешалось.

В частности, в области права новые народы германского корня принесли с собой свои собственные национальные обычаи, свое собственное *германское право*. А это право во многих отношениях представляло собой полную противоположность римскому.

Если римское право покоилось на определенном писаном законе (lex scripta), то германское право состояло из неписаных, живущих только в народной памяти обычаев, часто лишенных надлежащей ясности и определенности.

Римское право было, далее, единой компактной системой, действовавшей (с незначительными местными модификациями) на огромной территории с разнообразным по своему национальному составу населением. Напротив, германское право не представляло единства: каждое племя жило по своему особому праву – франки по франкскому, бургунды по бургундскому,

лангобарды по лангобардскому и т. д. Даже более того: римское гражданское право не знало никаких сословных различий; оно было единым для всех без изъятия. Напротив, германское право даже внутри каждого племени дробилось по сословиям; оно было одним у крестьян (Bauernrecht, Landrecht), другим у горожан (Stadtrecht), третьим у дворян (Adelsrecht) и т. д.

Наконец, с точки зрения материального содержания, германское право также далеко отстояло от римского. В то время, как это последнее образовалось на почве высокоразвитой экономической жизни и оживленного торгового обмена и отражало в себе всю тонкость и сложность развитых отношений, германское право было приспособлено лишь к крайне несложным условиям натурального хозяйства. В то время, как римское право было построено на начале полной хозяйственной самодеятельности индивида, германский быт был полон еще принципами примитивного коллективизма – семейного, родового, общинного: индивид был опутан этими родовыми, общинными и т. д. связями почти до полного подавления всякой личной инициативы. С течением времени ко всему этому присоединились еще путы всепроникающего феодализма.

Таким образом, в начале средних веков в западной половине европейского континента римское и германское право стояли друг против друга как две полные противоположности, как два друг другу совершенно чуждые мира. Каждое из них имело свою особую сферу применения, хотя эти сферы разграничивались между собой не территориально, а по так называемому п р и н ц и п у п е р с о н а л ь н о м у: всякий жил по праву своей национальности и носил это право с собой повсюду, где бы ни поселялся. Вследствие этого сплошь и рядом на одной и той же территории действовали обе системы: потомки прежних римских подданных продолжали жить по праву римскому, а германцы – по праву германскому (франкскому, лангобардскому и т. д.). Фактически, разумеется, в одних странах преобладало одно, в других другое: в странах с более сплошным римским (или романизированным) населением преобладало право римское; там же, где германцы осели густой компактной массой, действовало главным образом право германское. Первое было в южных частях Западной Европы (Италия, Испания, южная Франция, которая и называлась поэтому «страной писанного права» – «pays de droit écrit»), второе – в северных (нынешняя Германия, северная Франция – «страна обычного права», «pays de droit coutumier»).

Однако эта полная обособленность правовых систем не могла удержаться надолго. Жизнь шла вперед и со всей неизбежностью своих законов стирала грань между ними. Как бы ни была крепка национальная перегородка, совместное существование обеих систем должно было разрыхлить ее и привести к разнообразным явлениям просачивания, к явлениям правового эн-

космоса и экзосмоса. При этом, однако, первенствующая роль выпала, естественно, на долю римского права.

Если на первых порах экономическая жизнь новых народов характеризуется примитивной простотой и несложностью, то с течением времени она развивается и усложняется. Вместе с тем, как в свое время в старом Риме, все сильнее и сильнее начинает ощущаться потребность в освобождении индивида от всех тех пут, которые связывали свободу хозяйственной деятельности. Чувствуется, что экономический прогресс возможен только под условием признания свободы хозяйственной инициативы и самодеятельности, и соответственно этому развивается тяготение к нормам более индивидуалистическим, чем старогерманские обычаи.

С другой стороны, по мере того, как заканчивается «великое переселение народов» и жизнь этих новых деятелей всемирной истории приобретает более спокойный и упорядоченный характер, между ними возникают мирные экономические сношения. Мало-помалу возрождается снова международная торговля, появляются знаменитые в истории раннего средневековья ярмарки, расцветают торговые города. На почве этой международной торговли возникает снова, опять-таки как некогда в античном мире, потребность в едином вненациональном праве, которое могло бы объединить в деловых сношениях франка и лангобарда, бургунда и гота, и притом праве настолько развитом, чтобы оно могло регулировать те тонкие отношения, какие естественно возникают по поводу торговли и кредита и какие совершенно чужды обычному земледельческому укладу. Говоря иначе, возникает снова потребность в праве общем, универсальном.

Индивидуализм и универсализм делаются, таким образом, настоятельным требованием времени, и этому требованию идет навстречу римское право: всей своей предыдущей историей оно выработало в себе именно эти оба основные свойства.

Понятно поэтому, что римское право начинает пользоваться в деловом обороте огромным влиянием, и это влияние чем далее, тем более растет. Начинается период возрождения римского права и усвоения его, период рецепции римского права. Со времени знаменитого Болонского университета (XI–XII вв.) изучение римского права становится в центре юридического образования; оно усваивается многими тысячами разноплеменных слушателей и разносится ими по всем странам Западной Европы. Здесь оно путем судебной практики или через посредство королевских указов проходит в жизнь и в целом ряде отношений модифицирует, а то и вовсе вытесняет старое национальное право. В государствах же германских оно в виде Юстиниановского Свода реципируется целиком как действующий ко-

декс, призванный восполнять пробелы права национального, делается «общим правом» (gemeines Recht, Reichsrecht).

Но если римское право оказало огромное влияние на развитие гражданского права Европы, то оно все же не было в состоянии вытеснить совершенно начала национальные. Во многих областях отношений эти последние не только удержались, но даже получили свое дальнейшее развитие. С одной стороны, само римское право имело известные, порой весьма существенные, недостатки; а, с другой стороны, новые условия требовали часто и нового разрешения. Если наибольшее влияние римское право приобрело в области обязательственных отношений, в области оборота по преимуществу, то, напротив, его влияние было слабее в области прав вещных и наследственных и еще слабее – в праве семейственном.

Мало-помалу, в значительной степени под влиянием римских образцов, появляются и обработки национальных обычаев. Важнейшими из них являются Саксонское и Швабское зерцала в Германии (XIII в.), Beaumanoir и многочисленные сборники кутюмов во Франции, трактаты Гленвилля и Брактона в Англии. Но наука права, воспитанная на римском праве, уделяет этим национальным основам сравнительно малое внимание; вся цивилистическая юриспруденция проникнута романистическим духом: истинным правом, правом самого разума – ratio scripta – считается только римское право. Национальные начала удерживаются только силой самой жизни там, где реальные условия решительно противились романизации.

Как бы то ни было, но борьба и комбинирование начал римских и национальных составляют основное содержание истории гражданского права Западной Европы вплоть до конца XVIII века. В разных странах это комбинирование привело к разным результатам, но везде общим конечным явлением было одно: чрезвычайная пестрота и вытекающая отсюда практическая неопределенность гражданско-правовых норм. Франция по-прежнему продолжала делиться на северную «страну обычного права» и южную «страну писанного права»; в многочисленных государствах Германии рядом с местными обычаями, статутами и указами действовал Юстиниановский Свод и т. д. Все это не могло не создавать величайших затруднений для развивающегося экономического оборота, и потому понятно, что к концу XVIII века назрела везде общая потребность в устранении этой пестроты и неопределенности путем кодификации.

Россия стояла в стороне от этого общеевропейского развития. Правда, в начале своей истории русские славяне, как известно, находились в сношениях через Киев с Византией и через Новгород – с западом, но затем татарское нашествие и владычество отрезало нас от всей культурной Европы на много

столетий. Вследствие этого развитие нашего гражданского права, за сравнительно немногими исключениями, шло совершенно «самобытно». Естественно, что эта самобытность к тому времени, когда дверь в Западную Европу оказалась снова открытой, обнаружила нашу отсталость. Для устранения этой отсталости, для приобщения к западноевропейскому правовому опыту мы оказались вынужденными прибегать к постоянным заимствованиям. Уже в Уложении царя Алексея Михайловича 1649 г. мы имеем много взятого из Литовского Статута. Законодательство Петра Великого пытается переливать чужеземное большими массами; известно, что он пришел было даже к мысли о полной переделке Шведского Уложения в русский кодекс. Благодаря всем этим нововведениям и возвращениям к старому, благодаря многочисленным и бессистемным указам, которые в течение XVIII века пытались дополнить и исправить Уложение 1649 г., состояние гражданского права у нас было еще более хаотическим, чем в странах Западной Европы. На всем протяжении XVIII века тянутся непрерывные комиссии, имевшие своей задачей привести наше законодательство в сколько-нибудь стройную систему. Одним из них предлагалось только привести в систематический вид законодательство действующее, другим – составить кодекс совершенно новый. Но все эти комиссии оставались одинаково безрезультатными, и в XIX век Россия вступила с той же задачей, которая стояла и перед другими европейскими странами, – задачей кодификации.

Но о том, как и в какой мере была разрешена эта задача, мы скажем несколько далее; здесь же мы остановимся на другой, принципиально важной стороне вопроса.

Возникнувшая в начале XIX века историческая школа во главе с Савиньи в противоположность господствовавшей дотоле школе естественного права выставила учение о том, что право является продуктом не произвольной воли законодателя, а созданием «народного духа». Как язык или нравы, так же точно и право развивается из глубины народного духа в тесной связи со всей исторической судьбой данного народа. Говоря иначе, право, с точки зрения исторической школы, есть явление глубоко национальное.

С той поры и вплоть до настоящего времени идея национальности в праве, в частности – в гражданском праве, не сходит со сцены, питаясь тенденциями национального возрождения, национального объединения или национального величия, которыми вообще так богат был XIX век в области политики. В Германии в особенности эта идея вызвала усиленное внимание к изучению германского права и появление того течения, которое носит название германизма. Если еще в лице его первых представителей (Эйхгорн и др.) германизм выступал с довольно мирным научным

характером, то потом, около половины столетия, он заметно проникся воинствующим духом исключительности и нетерпимости. Описанная выше рецепция римского права стала признаваться огромным историческим несчастием немецкого народа, задавившим его самостоятельное юридическое творчество и извратившим его естественное развитие. Во имя национального возрождения в праве стали требовать освобождения от ига римского права, и вся германская юриспруденция распалась на два враждующих лагеря – германистов и романистов. Правда, к концу столетия борьба утратила свой острый характер, тем не менее идея национальности продолжает еще играть роль, когда заходит речь о сравнительной оценке тех или других норм. Сплошь и рядом в таких случаях тот факт, что та или другая норма национальна, выставляется как доказательство ее преимущества, ее дальнейшей непререкаемости с точки зрения de lege ferenda. Когда, например, был опубликован в 1888 г. первый проект Германского Уложения, он был встречен жесткой критикой именно с этой точки зрения, и, в частности, один из виднейших германистов – О. Гирке – прямо взывал к немецкому народу: «Das deutsche Recht ist in Gefahr. Sehe die Nation, dass es nicht Schaden nehme!»[1]. Подобные же голоса раздаются и у нас по поводу нашего проекта гражданского уложения. Как некогда Карамзин погубил проект Сперанского, обвинив его в подражании кодексу Наполеона, так и в настоящее время выдвигают против проекта обвинение в космополитизме[2]. Ввиду всего этого естественно отдать себе отчет в том, в какой именно мере идея национальности может иметь значение при оценке юридических норм.

Прежде всего, подтверждается ли учение Савиньи и исторической школы о национальном характере праворазвития данными подлинной человеческой истории? Уже набросанный выше краткий и схематический очерк этой истории стоит во многих отношениях в полном противоречии с этим учением. Прежде всего кажется непонятным, с точки зрения этого учения, такое крупное явление европейского праворазвития, как рецепция римского права. Каким образом могло случиться, что право умершего народа после значительного промежутка времени было воспринято другими народами, живущими в совершенно иных условиях и пережившими совершенно иную историческую судьбу? Историческая школа пыталась выйти из затруднения ссылкой на то, что римское право было усвоено деятельностью немецкой юриспруденции и таким образом само вошло в немецкое народное правосознание. Но очевидно, что такой ответ не устранял зияющего противоречия, и понятно, если многие германисты, как было указано, пришли к мысли о том, что

[1] [«Германское право в опасности. Нация, смотри, как бы не понести ущерб!» – нем.] – Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs und das deutsche Recht. 1889, S. 15.

[2] Синайский. Необходимо ли нам спешить с изданием гражданского уложения? 1911.

рецепция римского права была извращением народного праворазвития, национальным бедствием; такой вывод, с точки зрения идеи национальности, является единственно логическим.

И тем не менее он не может быть признан правильным. Мы видели выше, какие причины вызвали эту рецепцию; мы знаем, что в условиях того времени рецепция римского права была и исторической необходимостью и фактором прогресса. Конечно, под влиянием этой исторической необходимости и сами новые народы в конце концов выработали бы для себя свое общее или сходное право; но в римском праве они нашли уже в значительной степени готовым то, чего искали. Рецепция римского права явилась, таким образом, естественной экономией сил, и с этой точки зрения она была не историческим несчастием народов Западной Европы, а, напротив, богатым наследством. Конечно, подавленные этим полученным в наследство богатством новые народы временами забывали о своих собственных ресурсах и воспринимали без критической проверки все, что в римском праве содержалось, – вместе с совершенным и несовершенное, вместе с законным и незаконное. Но вина за эти крайности должна быть возложена не на римское право и не на рецепцию как таковую, а на критическую беспомощность тогдашней юриспруденции, – беспомощность, впрочем, вполне понятную. И в крайностях этих повинна именно Германия, реципировавшая римское право in complexu; там, где рецепция совершалась с большею постепенностью и сознательностью, например, во Франции, никаких разговоров о национальном бедствии и т. д. не возникало.

Но рецепция римского права не была единственным историческим фактом этого рода. Как увидим далее, даже XIX век дал разительные примеры подобных рецепций. Французский кодекс Наполеона получил широкое распространение далеко за пределами Франции (Италия, Бельгия, некоторые части Германии, Царство Польское). Правда, в некоторых странах он был водворен принудительно Наполеоном, но любопытно то обстоятельство, что и здесь он привился настолько, что сохранился в силе даже после того, как французское владычество пало: освободившиеся народы предпочли его старым нормам своего национального права.

Все это случаи массовой рецепции, рецепции целых кодексов; случаи же заимствований отдельных норм прямо неисчислимы. Но как те, так и другие одинаково свидетельствуют, что национальность отнюдь не является в процессе правотворения инстанцией окончательной, фактором самодовлеющим, что она сама отступает перед чем-то другим, более могущественным и высоким.

Против исключительности национальной идеи в учении исторической школы уже в 20-х годах XIX столетия решительно восстал Г а н с (в своем

сочинении «Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung»*), который противопоставлял этому учению ту мысль, что в истории права гораздо большее значение имеют общие условия культурного развития: на известной ступени этого последнего всякий народ имеет приблизительно одинаковые правовые учреждения. Развитие в XIX столетии сравнительного правоведения вполне подтвердило эту мысль. Равным образом подтвердила ее и история экономических явлений. Одинаковые условия создают, в общем, одинаковые потребности и одинаковые способы их удовлетворения. Именно на этой почве стоит известное учение экономического материализма, ошибочность которого заключается во всяком случае не в том, что оно игнорирует национальные особенности отдельных народов. И чем далее, тем более идея национальности в праве теряла свой научный кредит.

«Жизнь народов, – справедливо говорит И е р и н г [1], – заключается не в изолированном сосуществовании; как и жизнь индивидов, она есть общение, система взаимных соприкосновений и воздействий враждебных и мирных, система обоюдных сообщений и заимствований, короче – охватывающий все стороны человеческого бытия обмен. Закон, который действует в мире физическом, действует и в мире духовном: жизнь есть заимствование извне и внутреннее усвоение; рецепция и ассимиляция суть две основные функции, на бытии и равновесии которых покоится существование и здоровье всякого живого организма. Препятствовать заимствованиям и осуждать организм на развитие «изнутри» – значит обрекать его на умирание, ибо такое развитие «изнутри» начинается только у трупа».

«Должны ли мы отказаться от суда присяжных или от конституционной формы государственного устройства только на том основании, что они не нашего национального происхождения? Но тогда пусть запретят нам вообще усвоение чужеземной культуры! Вопрос о правовых учреждениях есть не вопрос национальности, а вопрос целесообразности, практической потребности. Никто не будет искать на стороне того, что в таком же или лучшем виде он имеет дома, но только безумный станет отказываться от хины потому, что она выросла не на его земле».

Национальность есть факт истории, но не критерий справедливости или целесообразности. Каждый народ проходит свой жизненный путь как некоторая особая коллективная индивидуальность, отмеченная своими особыми национальными отличиями. Но в то же время всякий народ ищет одного и того же – осуществления правды в междучеловеческих отношениях. Эта же правда едина, и потому в «народном духе» каждой национальности важно

---

* [«Наследственное право во всемирно-историческом развитии» – нем.]

[1] Geist des römischen Rechts. Bd. I, 5 Aufl., 1891, S. 5 и сл.

только то, что имеет этическую ценность. Эта ценность важна одинаково для всех, и потому естественно, что раз найденная одним народом, она будет усвоена всеми другими. И счастливы те народы, которые обогатили мир наибольшим количеством таких общечеловеческих ценностей.

История гражданского права по преимуществу свидетельствует о единстве всемирно-исторического развития и о неустранимой тенденции народов к взаимному общению на почве одинаковых правовых норм. Экономический оборот, составляющий основную материю гражданского права, не признает национальных границ и чем дальше, тем больше разливается по всему миру. Торговый обмен, кредит и т. д. подчиняются своим собственным законам, пред лицом которых, подлинно, несть ни эллин, ни иудей, и под влиянием этих универсальных законов перестраиваются законы национальные. Универсализм – основная историческая линия гражданского права[1].

[1] Правильно говорит D e l V e c c h i o : Параллельно росту абсолютной ценности человеческой личности растет и всемирное право человечества. «Die grundlegende Einheitlichkeit der menschlichen Natur hebt ihr Haupt aus dem Gemenge der partikulären Rechte hervor und lenkt notwendig ihre Entwiekelungen einem gemeinsamen Ziele zu: d.h. zu jenem Universalrecht, dessen Prinzipien schon in der Natur selbst vorbestimmt und enthalten sind». [«Единство, лежащее в основе человеческой природы, поднимает свою голову из мешанины обособленных норм и необходимо направляет их развитие к одной общей цели: к тому универсальному праву, принципы которого предопределены самой природой и уже содержатся в ней» – нем.] – («Der Fortschritt im Recht» в Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie. Bd. VI, 1912–1913, стр. 478).

III. ОСНОВНЫЕ ИДЕОЛОГИЧЕСКИЕ ТЕЧЕНИЯ В ИСТОРИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА. ИДЕАЛИЗМ И ПОЗИТИВИЗМ

Гражданское право есть лишь специальная область права вообще, и потому, естественно, к нему применимы все общие законы, в нем отражаются все судьбы этого последнего.

Как известно, право есть некоторая социально-психологическая сила, регулирующая поведение людей; оно есть некоторое состояние общественного сознания и общественной воли, заключающее в себе психическое принуждение индивида к известному поведению. Как явление социальной психологии право является, таким образом, несомненной реальностью, фактом эмпирической действительности, частью из «мира сущего». Его существование и действие ощущаются всеми, и поэтому естественно, если развивающаяся мысль человека прежде всего обращается к познанию права как оно есть, как оно действует. Целью познания является констатирование существующих в данном обществе норм и установление их подлинного содержания ввиду непосредственных практических интересов жизни. Это констатирование в постепенном развитии приводит к систематизации правовых норм, к установлению более научных приемов их толкования и т. д., словом, к тому, что называется юриспруденцией догматической. В этой области наука гражданского права ранее других отраслей правоведения достигла высокого уровня и, можно сказать, до настоящего времени является руководящим образцом для них. Объясняется это тем ранним развитием гражданского права в античном мире, о котором было сказано выше: уже под руками римских юристов область гражданского права приобрела стройный и до тонких деталей разработанный вид.

Но как бы далеко ни шло развитие догматической юриспруденции, она всегда имеет свой логический предел: она имеет дело с правом как оно есть, т. е. с правом положительным, действующим в границах данного государственного целого. Не изменяя своему назначению познать право как некоторую совокупность реально действующих норм, догматическая юриспруденция не может выйти за пределы этой реальности, не может взяться за какие-либо иные вопросы: самые ее методы пригодны только для ее непосредственной задачи.

Между тем право интересует человеческую мысль не только с этой стороны. Оно есть не только явление из «мира сущего», но в то же время и некоторое стремление в «мир должного». Оно есть не просто социальная сила, давящая ни индивидуальную психику, а сила стремящаяся, ищущая чего-то вне ее лежащего. Оно желает не просто подчинять себе человеческое поведение, а подчинять его в интересах какого-то высшего блага. Оно есть не само-

цель, а лишь средство для достижения некоторой цели; целесообразность есть существенное свойство права и его животворящее начало. Вследствие этого всякая норма права предстоит нашему сознанию не только с точки зрения ее «д а н н о с т и », но и с точки зрения ее «д о л ж н о с т и »; мы не только стремимся ее познать как она есть, но в то же время оценить, как она должна быть.

Уже простое применение юридических норм к фактам действительности должно было очень рано обнаружить, что применение одних норм вызывает удовлетворение этического чувства, чувства справедливости, меж тем как применение других приводит к обратному – к чувству несправедливости. Вместе с тем в случаях последнего рода с психологической неизбежностью норме действующей, но несправедливой, мысленно противополагается другая норма – недействующая, но справедливая, – та, которая должна бы действовать вместо настоящей.

На почве этого элементарного этического чувства постепенно развивается философская рефлексия, которая уже в античном мире приводит к зарождению идеи так называемого е с т е с т в е н н о г о п р а в а . Праву действующему и положительному, которое считается продуктом произвольного человеческого установления, противополагается право естественное, jus naturale, представляющееся отражением абсолютного мирового разума или правящей миром божественной сущности. Право положительное начинает подвергаться оценке с точки зрения права естественного, и перед человеческой мыслью развертывается целый ряд вопросов совершенно иного порядка, чем те, с которыми имеет дело догматика права. Если для последней положительное право имеет конечное и самодовлеющее значение, то для доктрины естественного права оно только предмет оценки, нечто, подлежащее либо утверждению, либо отрицанию в зависимости от его согласия или несогласия с абсолютными началами разума и справедливости.

Получив свою первую формулировку в учении греческих философов, идея естественного права уже у римских юристов приобрела серьезное практическое значение: естественное право и справедливость, jus naturale и aequitas, часто рассматриваются ими как источники гражданско-правовых норм и оказывают влияние на толкование этих последних. Вытекая из самой природы вещей, из самого мирового разума, естественное право, в представлениях римских юристов, стоит, конечно, над правовыми системами отдельных национальностей, составляет некоторое общенародное право – jus gentium, и потому идея естественного права много способствует указанному выше процессу превращения римского права в право универсальное. Не меньшую поддержку находит себе в естественном праве и другая основная тенденция античного праворазвития – индивидуалистическая: провозглашая,

что с точки зрения естественного права все люди свободны и равны, эта доктрина способствовала ослаблению всяких исторических зависимостей и ограничений.

Вместе с греческой философией и римским правом идея естественного права проникла к новым народам и в течение всей дальнейшей истории составляет неотъемлемую принадлежность юридического мышления. Jus naturale и jus positivum, aequitas и jus scriptum* – на этой противоположности покоится вся средневековая юриспруденция. Мысль о том, что естественное право является источником юридических норм и что оно призвано восполнять, а то даже и исправлять позитивное право, – эта мысль приобрела в средневековой юриспруденции гораздо большую распространенность, чем это было в римском праве. Временами даже в виде общего принципа провозглашается, что jus naturale potius est, quam jus positivum** и что, если положительное право оказывается противоречащим справедливости, решающей надо признать эту последнюю. Этому способствовали, конечно, в значительной степени, смешение естественного права с предписаниями религии и общий теологический характер средневековых естественно-правовых учений. Равным образом, еще в большей степени, чем в древности, идея естественного права способствовала развитию тенденций индивидуалистических и универсалистических, и в этом отношении она работала рука об руку с римским правом. Недаром это последнее часто признавалось за самый «писанный разум», за ratio scripta.

Идея естественного права тянется непрерывно через всю историю умственного развития Западной Европы. Временами она несколько ослабевает, когда в силу тех или других причин юридическая мысль обращается преимущественно к изучению позитивного права; временами же она усиливается и делается доминирующим тоном всего умонастроения эпохи. Особенную глубину и интенсивность естественно-правовое настроение, как известно, приобрело в XVII и XVIII веках, – в эпоху, которой и дается по преимуществу название эпохи естественного права.

Подъем естественно-правового настроения именно в эту эпоху психологически вполне понятен. Это были последние века «старого режима», время, когда этот последний стал казаться особенно давящим и невыносимым. По мере того как исторически сложившийся на почве феодальных отношений строй оказывался все более и более противоречащим новому правосознанию, крепло отрицательное отношение к тому праву, которое санкционировало и поддерживало этот строй, т. е. к праву положительному. Чем более то, что

---

* [Естественное право и положительное право, справедливость и писаное право – лат.]

** [естественное право значит больше, чем право положительное – лат.]

наблюдалось в действительности, казалось несправедливым и неразумным, тем ярче выступала мечта о праве абсолютно справедливом и абсолютно разумном, т. е. о праве естественном.

В учениях целого ряда мыслителей эта мечта получила себе философское обоснование и более точную формулировку; из столкновения естественно-правовых систем мало-помалу выявлялись общие начала этой мечты – свобода, равенство и братство. С жаждой осуществления этой мечты соединялась вера в его легкую возможность. «Хотите вы иметь хорошие законы?» – спрашивал Вольтер и отвечал: «Так уничтожьте старые и напишите новые». Если до сих пор законы устанавливались законодателями неразумно и своекорыстно, то теперь стоит только предоставить свободу разуму, и он создаст сразу наилучшие учреждения. Вера во всемогущество человеческого разума, в его способность перестраивать жизнь путем законодательства составляет яркую характерную черту этой эпохи.

Великая французская революция, как известно, явилась горячей попыткой осуществления этой мечты; это был поразительный по своему подъему опыт перестроения человеческих отношений по началам естественного права, как оно рисовалось тогда, особенно в учении Ж.-Ж. Руссо. В один миг массами уничтожались старые институты и на их место создавались новые; свобода, равенство и братство стали официальными лозунгами правительства; вера в разум нашла себе даже внешнее выражение в культе «бога-разума». Казалось, что общество получило полную свободу для осуществления своей мечты и что осуществление это близко. Но надежда оказалась обманутой.

Явившись кульминационным пунктом естественно-правового настроения, революция привела это настроение к кризису. Начав с провозглашения прав человека и гражданина, она кончила тем, что стала попирать самые элементарнейшие из этих прав. Абсолютизм, даже низвергнутый, оставляет еще надолго свою отраву в народной психологии, соблазняя к замене произвола правительственной бюрократии произволом народа или, лучше сказать, произволом партийной демагогии. В ужасах террора погибла вера в человеческий разум, в возможность установления путем законодательных декретов царства разума и правды. Энтузиазм сменился упадком, порыв вперед сменился оглядыванием назад, жажда реформ сменилась тоской по самому элементарному порядку и спокойствию; короче – революция сменилась реакцией.

Но все же этот подъем не прошел даром. Нам уже приходилось упоминать о том, что он смыл почти все остатки старого феодализма в гражданском праве и завершил предыдущее многовековое движение к освобождению лиц и имуществ. В связи с этим он привел к созданию первых крупных к о д и ф и к а ц и й .

Мы видели выше, что состояние гражданского права к концу XVIII века характеризовалось крайней пестротой и неопределенностью, с которой не могла мириться развивающаяся экономическая жизнь. Чувствовалась повсеместная потребность в известном объединении и упорядочении гражданско-правовых норм. Естественно-правовое настроение присоединило к этому новый мотив – именно необходимость рационализирования права, построения его на общих началах разума и справедливости: не о простом, механическом соединении действующих норм должна идти речь, а о создании совершенно нового организма права путем цельного кодекса, построенного на принципах права естественного.

Оба эти мотива, взаимно подкрепляя друг друга, привели на границе XVIII и XIX веков к созданию трех виднейших в истории западноевропейского права кодексов – Прусского Земского Уложения 1794 г., Французского Кодекса Наполеона 1804 г. и Австрийского Уложения 1811 г.

Бесспорную и огромную заслугу всех трех кодексов составляет выполнение первой задачи – именно объединение и упрощение права для данных стран, устранение вредной для оборота пестроты и запутанности. Но зато вторая задача – рационализирование права, построение его на началах права естественного – оказалась осуществленной лишь в очень скромных размерах и каждым из кодексов не в одинаковой степени. Начатые в эпоху подъема естественно-правового настроения, они были закончены уже в эпоху реакции, когда страх перед революционностью естественно-правовых принципов стал все более и более сокращать широту первоначальных реформаторских заданий. Этот процесс сокращения и сужения мы можем констатировать в истории каждого из них.

Заметную роль сыграли идеи естественного права уже при составлении Прусского Уложения. Кабинетский Указ 14 апреля 1780 г., предписывавший составление проекта, предлагал положить в основу его право римское «в согласии с правом естественным». Однако это естественное право понималось в смысле «просвещенного абсолютизма» и полицейского государства, вследствие чего идея правительственной опеки над гражданами составляет яркую характерную черту этого кодекса, приводящую к целому ряду весьма стеснительных положений. И тем не менее опубликованный 1 июня 1792 г. проект вызвал в влиятельных кругах опасения с точки зрения своей революционности. Понадобился новый пересмотр, после которого из кодекса оказались выброшенными даже такие скромные нормы, как правило, что никто не может быть лишен своих прав в административном порядке (посредством «Machtsprüche»). А указ 5 февраля 1794 г., возвещавший о вступлении (с 1-го июня) в действие нового кодекса, настойчиво запрещал толкование его на основании каких бы то ни было «философических сообра-

жений» («philosophische Raisonnements»). Реакция, таким образом, наложила свою печать, но, несмотря на это, как в самом построении, так и во многих понятиях Прусского Земского Уложения сказывается бесспорное влияние естественно-правовой доктрины.

Наивысшего напряжения идеи естественного права достигли, как сказано, во Франции. Законодательство революционной эпохи с лихорадочной поспешностью стремилось освободиться от старого и реализовать в чистом виде принципы естественного права. Тогда же возникла и мысль взамен разрозненных законов выработать единый новый кодекс, построенный исключительно на этих принципах. Создаются и падают проект за проектом, но еще в окончательном проекте во главе всего кодекса (Livre préliminaire, Act. 1) стоит догмат: «Il existe un droit universel et immuable, sources de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes»*. Однако по мере того как революция идет на убыль, энтузиазм к естественному праву и здесь остывает, и при последнем пересмотре все это торжественное исповедание символа естественно-правовой веры выбрасывается. Под строгим контролем Наполеона, принимавшего живое участие в обсуждении, кодекс, получивший его наименование, значительно пригибается к земле.

Тем не менее естественно-правовая основа в Code civil настолько сильна, что он открывает собою в истории западноевропейского законодательства новую эру. Провозглашая уничтожение всяких привилегий и всяких стеснений личности, он завершает ту борьбу за свободу индивидуальной самодеятельности, которую вело со времен своей рецепции римское право. Признанием этого принципа индивидуальной автономии и независимости личности от какой бы то ни было – даже государственной – опеки французский кодекс окончательно формулирует перестроение экономической жизни на новых началах. Этим объясняется высокий авторитет этого кодекса и его широкое распространение за пределами Франции.

Наконец, тот же процесс постепенного усиления реакции мы наблюдаем и в истории возникновения Австрийского Уложения. Проект Мартини, послуживший основанием этого кодекса, является по всему своему построению естественно-правовым, приближаясь в этом отношении к первоначальным проектам Code civil. Но затем и здесь французская революция вызвала реакцию, и, по предложению Цейллера, все общие естественно-правовые декларации были из кодекса выброшены. Тем не менее их влияние сохранилось во всем кодексе неистребимо. Как и французский кодекс, Авст-

* [«Существует право универсальное и неизменное, источник всех положительных законов; существует только естественный разум, который правит всеми людьми» – фр.]

рийское Уложение проникнуто принципом индивидуализма и экономической свободы. В этом отношении оно даже опережало действительные хозяйственные условия страны, которая долго должна была дорастать до него. Сверх того, идея естественного права как некоторого особого источника норм сохранилась в чистом виде в § 7 Уложения, которым судье предписывается при отсутствии закона решать «nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen»*. Параграф, который был долго в забвении, но который, как увидим ниже, в последнее время приобретает особенное значение.

Так прошло по Европе первое кодификационное веяние. Вызванное реальными потребностями экономической жизни, оно в то же время одухотворялось известными общими идеями, общими принципами. Пусть эти принципы при окончательной обработке кодексов подверглись значительной урезке, – во всяком случае они послужили для кодификации в качестве руководящих начал при отборе позитивно-правового материала. И будущее обнаружило, что чем полнее в кодексе отразились эти начала, тем жизнеспособнее он оказался. Это в особенности нужно сказать относительно кодексов французского и австрийского. Сто лет прошло со времени их издания; торжественно был отпразднован их юбилей, и современная юриспруденция, уже имеющая перед собой образцы новейших кодификаций, почтила их с некоторым особым пиететом: эти новейшие образцы как будто даже подняли ценность столетних ветеранов.

Но реакция продолжала развиваться далее, и в общей атмосфере упадка и разочарования, охватившего Европу после революции, появилась, как известно, и с т о р и ч е с к а я ш к о л а в юриспруденции, знаменующая собой полный идейный перелом. И первым вопросом, по поводу которого ей пришлось формулировать свои воззрения, был именно вопрос о кодификации.

Потребность в объединении и упорядочении гражданского права, вызвавшая издание трех упомянутых кодексов, существовала, конечно, и в других частях Германии, кроме Пруссии и Австрии. Кроме того, совместная борьба с Наполеоном и освобождение германских государств от французского владычества создали среди немцев общий национальный подъем и стремление к большему взаимному сближению. В частности, в области права возникла мысль о желательности единого гражданского кодекса, который объединил бы нацию и создал бы базис для экономического общения. Потребность в этом последнем была настолько велика, что высказывалась даже мысль о реципировании французского кодекса, введенного перед тем Наполеоном в некоторых частях Европы. В противовес этому течению выступил в

* [«на основе естественных правовых принципов» – нем.]

1814 г. гейдельбергский профессор Т и б о (в своей книжке «Über die Nothwendigkeit eines allgemeines bürgerlichen Rechts für Deutschland»)* с призывом к созданию собственного общегерманского гражданского Уложения. Как видим, идея Тибо не заключала в себе ничего чрезвычайного: она была лишь естественным продолжением того движения, которое создало и Code Napoléon, и Австрийское Уложение. Но времена изменились: реакционное настроение, отразившееся уже на самих этих кодексах, усилилось теперь настолько, что даже самая мысль о кодификации стала казаться неприемлемой.

В ответ на предложение Тибо в том же 1814 г. появилась знаменитая по своим последствиям брошюра С а в и н ь и «Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft»** В этой брошюре Савиньи решительно высказывается против предложения Тибо, причем в виде мотивировки излагает свой новый взгляд на вопрос о процессе образования права и, в частности, на вопрос о роли законодательства. Право не создается единичной волей тех или других отдельных лиц сообразно их желанию или таким или иным предвзятым общим началам. Оно является органическим продуктом «народного духа», развивающимся самопроизвольно и незаметно, подобно языку и нравам, в народной истории. Что же касается законодателя, то он, в лучшем случае, может только формулировать народное правосознание, а не творить. Но даже и для такого формулирования Савиньи считал тогдашних юристов неподготовленными: для осуществления этой задачи необходимо тщательное изучение истории права, которой тогда почти не существовало и в создании которой Савиньи усматривал первую задачу правоведения.

Книга Савиньи не изобилует научными аргументами; она более формулирует новые идеи, чем их доказывает. Несмотря на это, она возымела необычайное действие. Она явилась крупнейшим поворотным пунктом в истории общественной мысли и положила начало новому мощному направлению. Идеи, высказанные Савиньи, очевидно, носились в воздухе эпохи, соответствовали общей атмосфере разочарования в естественном праве и законодательном творчестве.

Все в этом новом направлении было антиподом прежнего.

Если общее настроение эпохи предреволюционной характеризовалось отрицательным отношением к реальному, к историческому, – к тому историческому, которое давало себя чувствовать в абсолютизме правительства, в произволе власти, в сословных неравенствах и экономической связанности, – то историческая школа, напротив, подобно Гегелю, объявляла все реальное

* [«О необходимости для Германии единого гражданского права» – нем.]

** [«О призвании нашего времени к законодательству и правоведению» – нем.]

разумным и всем духом своего учения проповедовала уважение к исторически сложившемуся, возводя его к глубинам народного духа.

Если естественно-правовые доктрины исходили из представления о некоторых абсолютных, для всего человечества единых и вечных началах права, вытекающих из самой природы человека или разумного человеческого общения, то историческая школа отрицала существование этих абсолютных начал и мыслила право, как нечто присущее каждому отдельному народу и вечно меняющееся в зависимости от исторической судьбы этого последнего. Если естественно-правовые учения были проникнуты духом универсальности и космополитизма, то историческая школа, напротив, выставила идею национальности как чего-то независимого и самодовлеющего.

Если эпоха предреволюционная жила верой в возможность сознательного перестроения человеческих обществ путем рационального законодательства, то историческая школа внушала полное неверие в это последнее. В качестве активного устроителя социальных отношений законодательство бессильно, а в худшем случае вредно; наилучшей формой образования права является обычай: вытекая непосредственно из тайников «народного духа», обычное право наиболее верно отражает органическое самораскрытие народного правосознания. Всякое вмешательство чужой воли, хотя бы это была даже воля законодателя, способно только возмутить естественное и мирное развитие права, внести в него дисгармонию и болезненность.

Если естественно-правовые теории по своим методам были рационалистическими, то историческая школа явилась носительницей позитивизма. Все то, что провозглашалось за требования абсолютного разума, есть, по мнению ее представителей, не что иное, как лишь субъективное мечтание отдельных умов. Вследствие этого всякие рассуждения на эту тему, всякие попытки обсуждения правовых норм, с точки зрения таких или иных идеалов справедливости, были объявлены делом ненаучным, выходящим за границы юриспруденции как таковой.

В конечном счете, если естественно-правовая школа была исканием нового и проповедью социальной активности, то историческая школа была, напротив, проповедью консерватизма и квиетизма. Единственная доступная нам сфера деятельности в области права есть, по ее мнению, сфера его объективного познавания, его исторического и догматического исследования.

Созданное исторической школой направление, несмотря на отдельные, единичные протесты, с необычайной силой захватило общественную мысль не только в Германии, но и в большей или меньшей степени во всей Европе. Под его влиянием вспыхнул интерес к изучению истории права, и наука гражданского права получила тот исторический фундамент, которого ей дотоле недоставало. С этой стороны заслуги исторической школы несомненны и

незабываемы. Но, с другой стороны, возникнув как реакция против крайностей естественно-правового идеализма, историческая школа сама впала в противоположные крайности и на некоторое время затормозила естественное развитие нашей мысли, толкнув ее на ложные пути.

Несколько первых десятилетий XIX века историческая школа господствовала над умами почти безраздельно, но затем постепенно – и чем далее, тем сильнее – начинается критика ее основоположений и освобождение от ее тенденций. Виднейшим представителем этого критического отношения к исторической школе является И е р и н г , вышедший из ее же рядов и тем не менее нанесший ей наиболее тяжкие удары. Мало-помалу критика пробила огромные бреши в идеологических построениях исторической школы и расчистила путь для нового движения вперед по прерванному ею пути.

Мы уже видели выше, в какой тупик зашла историческая школа с ее идеей национальности правового развития; но не менее ошибочными, не менее чреватыми массой вредных последствий оказались и ее другие тезисы – по крайней мере, в той категоричности, в какой они выставлялись ее наиболее крайними сторонниками. Отметим здесь лишь самое существенное, что имеет непосредственное отношение к судьбам нашего гражданского права.

Прежде всего, говоря о «н а р о д н о м д у х е» как о конечном источнике всякого права, историческая школа, отдавая дань романтизму, с которым она в значительной степени связана, сама создавала понятие идеалистическое, далеко не соответствующее реальной действительности. Она предполагала народ как нечто единое и психологически цельное. Между тем даже та история, к изучению которой так настоятельно призывала историческая школа, свидетельствовала о том, что право рождается часто из столкновения различных социальных противоположностей внутри народа, что народ слагается из разнообразных более мелких групп – национальных, сословных, профессиональных и т. д., – правосознание которых сплошь и рядом радикально расходится. О том же еще более наглядно свидетельствовала самая жизнь XIX века, в течение которого социальная дифференциация приобрела особенно внушительные размеры и классовые противоположности обрисовались настолько резко, что в учении экономического материализма они были объявлены даже единственными носителями правосознания. Не подлежит сомнению, что правосознание нынешнего немецкого рабочего неизмеримо ближе к правосознанию французского или английского рабочего, чем к правосознанию немецкого фабриканта или агрария. Очевидно, что при таких условиях «народному духу» исторической школы в деле правообразования должно быть отведено гораздо более скромное место.

Далее, говоря об органическом и безболезненном процессе самораскрытия народного духа, историческая школа до крайности идеализировала этот

процесс и снова впадала в противоречие с показаниями истории, с ее свидетельствами о разнообразных революциях и катастрофах. Отправляясь именно от подобных данных истории, И е р и н г принужден был отбросить учение исторической школы и противопоставить ему учение о непрестанной борьбе за право, без которой немыслим никакой прогресс. Не как растение, не само собой раскрывается право в истории, а в труде и борьбе – в борьбе как отдельных лиц, так и целых групп за свои интересы и за новые понятия о справедливом. Тревожная, богатая всевозможными конфликтами именно на почве различных интересов жизнь XIX века подтверждала мысль Иеринга красноречивее всяких многотомных исследований и сложных доказательств; ее нужно было только высказать, чтобы она тотчас же сделалась аксиомой.

В связи с этим не могло не измениться и отношение к з а к о н о д а т е л ь с т в у. Как было указано, историческая школа провозглашала принципиальную «непризванность» законодателя к активной деятельности в области правообразования, в частности «непризванность» к кодификации. Под влиянием этого настроения всякие кодификационные опыты сразу оборвались. В Германии мысль о едином кодексе замерла вовсе; в других частях Европы, где в эпоху Наполеона введен был французский кодекс, кодификационные работы по необходимости сводились к некоторому пересмотру этого последнего, к некоторому приспособлению его к условиям страны (таковы, например, Codice Albertino 1837 г. в Пьемонте, голландская переработка 1838 г. и т. д.). Мысль же о создании чего-либо нового, проникнутого единой творческой мыслью законодателя, казалась недопустимой.

Однако жизнь и здесь чем далее, тем более не могла мириться с пассивностью законодателя. Развитие экономического оборота продолжало требовать устранения пестроты правовых норм; на почве классовых противоположностей возникали весьма тревожные трения; социальные неустройства требовали таких или иных мер для упорядочения конкуренции, ограничения эксплуатации, охраны труда и т. д. Со всеми этими настоятельными нуждами жизнь обращалась не к кому иному, как именно к законодателю, призывая его к разрешению конфликтов и к регулированию спорных отношений. Уже почти тотчас после первого выступления Савиньи на защиту планомерной законодательной деятельности выступил знаменитый германский криминалист А н с е л ь м Ф е й е р б а х, виднейший из создателей Баварского уголовного уложения 1813 г.; но тогда его голос прозвучал без ответа. Должны были пройти десятилетия, прежде нежели ошибочность исторической школы стала очевидной. Нужны были уроки жизни, нужен был тот же Иеринг, который и в этом вопросе формулировал отказ от догматов исторической школы, разрушив романтическое преклонение перед обычным правом и провозгласив, что вступление народа на путь законодательства знаменует в

истории народа пробуждение его социального сознания, наступление его социальной зрелости.

И действительно, в течение XIX века законодательная деятельность достигает снова высокого напряжения. Мало того, с половины столетия опять возрождается мысль о кодификации. Страны романские берут за образец французский кодекс, подвергают его некоторой более или менее значительной переработке, и таким путем возникают Итальянское гражданское уложение 1865 г., Португальское 1867 г., Испанское 1888 г.

Но кодификационная тенденция возрождается и в Германии. После событий 1848 г. германское национальное собрание признало желательным издание общих для всей Германии кодексов – гражданского, торгового, вексельного, судопроизводственного и уголовного. Однако наступившая затем новая реакция затормозила дело и на этот раз, и лишь в 1860 г. было издано общее для всей Германии торговое уложение. Нужен был новый подъем общественного настроения и национального чувства, чтобы снова поставить на очередь вопрос об общегерманском кодексе, столь необходимом для неудержимо растущего и стирающего всякие перегородки экономического оборота. Такой подъем пробудила победоносная война с Францией и создание единой Германской империи. В 1874 г. назначается комиссия для выработки проекта. После 14-летних работ, в 1888 г., первый проект вместе с мотивами был опубликован, но встретил с разных сторон самую горячую критику. Громче всего раздавались упреки в том, что проект слишком романистичен (его прозвали даже «маленьким Виндшейдом», т. е. переложением Виндшейдовского учебника римского права), что он игнорирует национальные германские начала и современные требования социальной справедливости. Вследствие этого в 1890 г. была назначена для пересмотра вторая комиссия, и 17 января 1896 г. пересмотренный проект был представлен рейхстагу. Здесь он был подвергнут новому общему пересмотру в особой комиссии от рейхстага и в июне поступил в рейхстаг для второго чтения. Борьба партий несколько раз ставила судьбу проекта в критическое положение, но все же 1 июля 1896 г. новый кодекс (с некоторыми поправками) был принят рейхстагом, 14 июля бундесратом и 24 августа был официально опубликован, причем вступление его в действие было отсрочено до 1 января 1900 г.

Примеру Германии последовала Швейцария. Здесь также царила чрезвычайная пестрота национальных прав. В одних кантонах действовали разнообразные местные источники, в других (Женева, Бернская Юра) рецепированный кодекс Наполеона, в третьих (Берн, Люцерн и др.) кантональные кодексы, составленные под сильным влиянием уложения Австрийского. Но и здесь подобная пестрота являлась тормозом для развивающегося экономиче-

ского оборота, и здесь остро ощущалась потребность в правовом единстве. Эта потребность прежде всего была удовлетворена в области обязательственных отношений изданием в 1881 г. общего для всего союза обязательственного права. Но это был только первый шаг. Единство было желательно не только в области обязательств, и в 1892 г. правительство поручает профессору Евгению Губеру выработать проект уложения. Губер сумел мастерски выполнить возложенную на него задачу, и его проект, подвергнувшись по частям обсуждению в специальных комиссиях, 10 декабря 1907 г. получил силу закона (со вступлением в действие 1 января 1912 г.).

Не осталась в стороне от этих кодификационных течений и Россия. Выше было указано, что потребность в кодификации ощущалась у нас уже на всем протяжении XVIII века. Начиная с Петра Великого, тянутся почти непрерывно разнообразные кодификационные комиссии, которые остаются, однако, по самым разнообразным причинам без всяких результатов. При учреждении этих комиссий правительство все время колеблется между двумя точками зрения: то оно возлагает на них задачу лишь кодифицировать действующее право, то оно предлагает им заняться составлением совершенно нового кодекса. В начале XIX века при Александре I в дело составления Уложения входит впервые Сперанский, причем составленный им проект находится под очевидным влиянием пользовавшегося тогда повсеместным авторитетом французского кодекса. Но затем борьба с Наполеоном и наступившая внутренняя реакция уничтожили эти начинания, а самого Сперанского привели к опале и ссылке. Когда же он был возвращен и призван снова к кодификационной работе, настроение правительства существенно изменилось. Николай I в указе 1826 г. определенно поставил задачей работ исключительное кодифицирование действующего права. При неустанном участии того же Сперанского эта работа была наконец выполнена, и в историческом заседании Государственного Совета 19 января 1833 г. под председательством самого императора получили свою санкцию как Полное Собрание Законов, так и Свод Законов, 1 ч. X т. которого составляют Законы Гражданские.

Сводом Законов практическая потребность правосудия в некотором систематизированном собрании действующих законов была, конечно, в известной степени удовлетворена, но далеко не были удовлетворены потребности реальной жизни в соответствующем ей законодательстве. Составленная на основании старых законов, начиная от Уложения Царя Алексея Михайловича, 1 ч. X т. Свода Законов уже в момент своего издания не соответствовала действительным потребностям жизни – даже столь неразвитой, какою она была в первой половине XIX столетия. Тем более она оказывалась неудовлетворительной с дальнейшим течением времени, с освобождением крестьян, с

другими реформами царствования Александра II, а в особенности с постепенным уничтожением старого натурального хозяйства и заменой его хозяйством промышленным и меновым. Отсталость и, можно сказать, неуместность наших Гражданских Законов давно была поэтому признана и стала общим местом отечественного правосознания.

Ввиду этого в 1882 г. была образована комиссия для выработки проекта нового Гражданского Уложения, уже не связанная действующими законами. После 17-летних работ комиссия начала выпускать в свет выработанный ею проект с объяснениями: сначала в 1899 г. проект обязательственного права, затем в течение дальнейших годов, до 1903-го, остальные части. Проект был разослан в разные судебные, правительственные и ученые учреждения для рассмотрения и затем на основании представленных замечаний был пересмотрен, после чего в 1905 г. была опубликована его вторая (а потом и окончательная, сводная) редакция. Но на этом дело и остановилось. Бурное время 1905-го и следующих годов поставило на очередь более крупные задачи, а затем, когда наступила реакция, проект стал уже казаться слишком реформаторским и мало национальным. Взамен кодекса, правительство вступило на путь частичных поправок, разрозненных новелл, и лишь в 1913 г. был внесен в Государственную Думу проект обязательственного права. Но, разумеется, страна ждет не частичных новелл и не частной кодификации, а полного и цельного, построенного на вполне современных началах гражданского кодекса.

В стороне от кодификационного движения осталась только А н г л и я, гражданское право которой и доныне покоится на бесконечной массе исторически накопившихся судебных прецедентов, разбираться в которых не только гражданам, но и судам, разумеется, чрезвычайно затруднительно.

Как бы то ни было, но XIX век, действительно, как замечает H e d e m a n n [1], может быть назван веком больших кодификаций. Конец века вернулся к тенденциям своего начала. Но для полной характеристики этого поворота надо заметить еще следующее.

Как было отмечено, реакция против естественного права вызвала в начале XIX века отрицательное отношение ко всякому философскому элементу в юриспруденции. Только историческое и догматическое исследование положительного права признавалось достойным имени научного; все, что выходило за пределы этих позитивных исследований, отметалось как незаконное детище старого естественно-правового направления. Доходило даже до того, что всякая попытка философии права объявлялась «чистейшим шарлатанством».

[1] Werden und Wachsen des bürg. Rechts. 1913, S. 1.

Однако и здесь жизнь заставила сдвинуться с этой позиции. Как только что было сказано, эволюция XIX века ставила все более и более настойчивые требования, адресованные к законодательству, об активном вмешательстве в сферу социальной борьбы, об урегулировании назревших конфликтов путем издания соответствующих норм. Но для удовлетворения этих требований необходимо было не только изучение положения с точки зрения его истории и с точки зрения его догматики, но и оценка его с точки зрения п р а в о в о й п о л и т и к и. Жизнь спрашивала не о том, что было, и не о том, что есть, а о том, как д о л ж н о б ы т ь с точки зрения разумного и справедливого.

Долгое время юриспруденция отмахивалась от этих вопросов, считая обсуждение правовых норм с этой точки зрения, с точки зрения de lege ferenda, выходящим за пределы ее задач. Результатом, однако, было только охлаждение общества к юриспруденции и взаимное отчуждение, заставлявшее многих, подобно Штаммлеру, вспоминать изречение Лютера: «Юрист, если он только юрист, жалкая вещь!» Наконец, такое воздержание стало окончательно немыслимым: кодификационные работы, предпринятые во второй половине XIX века, призвали юриспруденцию даже ex officio к обсуждению вопросов с точки зрения законодательной политики.

Но никакая разумная и сознательная политика, очевидно, немыслима без предварительного разрешения вопросов о том, в чем же заключаются ц е л и п р а в а вообще, где критерий справедливого и разумного. Как бы ни отвечать на эти вопросы, но во всяком случае отвечать необходимо, ибо без такого или иного ответа все наши законодательные построения будут лишены надлежащей телеологической ориентировки. Временами мы можем инстинктивно угадывать общее направление для нашего движения, но необходимую уверенность это последнее может приобрести только тогда, когда неопределенное угадывание будет заменено ясным сознанием. Пока царила вера исторической школы в неизменную разумность правообразования из глубины народного духа, все подобные вопросы могли иметь только чисто теоретическое значение; практически беспокоиться было не о чем: естественное развитие этого народного духа само собою приведет к тому, что в данный исторический момент возможно. Но когда эта вера была подорвана, когда вместо пассивного выжидания общество оказалось призванным к активному правотворению, к борьбе за право, вопросы о том, во имя чего бороться, чего желать, куда идти, приобрели неотвратимое практическое значение.

Естественно, что перед лицом этих вопросов позитивистическая юриспруденция оказалась беспомощной и растерянной: у нее не было ни подготовки, ни методов к их трактованию. И скоро общим настроением юриспруденции стало то, которое выразил Гирке своим известным восклицанием:

«Мы должны найти ее, эту потерянную идею права, иначе мы сами себя потеряем!»

И действительно, конец XIX века – начало XX знаменуется в истории гражданского правоведения исканием этой «потерянной идеи права», этого «справедливого» или «правильного» права и т. д. Эти поиски, в свою очередь, привели не к чему иному, как к возрождению того, что казалось похороненным навсегда – к возрождению естественного права. С разных сторон заговорили о «природе вещей» в социальных отношениях, о «неизменных моральных ценностях» и т. д. XIX век, умирая, вернулся к тем идеям, которые он слышал в своем раннем детстве, но которые он потом так тщательно старался заглушить в себе в течение всей своей жизни. Дух Фейербаха победил дух Савиньи, констатировал еще в 1894 г. Бехманн.

Но этот поворот только очень слабо и односторонне отразился на законодательстве конца века. И в этом отношении заметна громадная разница между кодексами начала столетия и кодексами его конца.

Кодификационные работы конца XVIII века начинались в разгар естественно-правового настроения с горячим намерением создать нечто абсолютно новое, формулировать вечные идеи справедливости и разума. Правда, затем под влиянием наступившей реакции задания постепенно понижались, и естественно-правовые идеи затуманивались, но все же они не исчезали совсем. Печать естественно-правового происхождения лежит и на Code civil, и на Австрийском Уложении, и именно эта печать придала им и практическую живучесть, и некоторый теоретический блеск. «Идея права», хотя и значительно затуманенная, все еще чуется во всей их системе, во всем их построении.

Совсем иное впечатление получается от кодификаций конца XIX столетия, в особенности от самой монументальной из них – от общегерманского гражданского уложения. Все оно представляет собой памятник колоссального труда и обширнейшей учености; по ряду вопросов мы найдем в нем и смелый разрыв с устаревшим прошлым, и новые идеи. Но в целом оно производит впечатление крайнего эклектизма, разностильности: разрыв с прошлым и порывания в будущее не связаны единством общего направления, единством какой-нибудь основной идеи. Еще по поводу первого проекта Беккер справедливо отмечал, что ему недостает «художественной силы и радостного творчества». Никакие позднейшие пересмотры и исправления не могли устранить этого недостатка: Германское Уложение носит на себе печать упорного труда, но не «радостного творчества».

Гораздо больше цельности представляет уже в этом отношении Швейцарское Уложение, и любопытно то, что современная юриспруденция относится к этому младшему брату с какой-то большей симпатией, чем к старшему. Секрет этого предпочтения, быть может, скрывается в некотором осуще-

ствлении той мысли, которая руководила Губером при составлении его проекта и которую мы находим в его «объяснениях»: «Великие идеи, всеобщие истины сознательно или бессознательно лежат в основах нашего правосознания, и законодатель ничем не может так усилить и укрепить впечатление от своего произведения, как если ему удастся выразить их в его редакции»[1].

Таким образом, дух искания снова повеял в юриспруденции. Она почувствовала всю свою слепоту и беспомощность без «великих идей» и «всеобщих истин», и позитивизм перестал ее удовлетворять.

[1] Erläuterungen, S. 6.

IV. ФИЛОСОФСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА. ПРОБЛЕМА ЛИЧНОСТИ И ГОСУДАРСТВА

Новое время, таким образом, ищет «потерянную идею права», ту верховную идею, которая могла бы ориентировать нас в нашей оценке всех отдельных правовых норм.

Но, разумеется, ставя перед собой этот вопрос, юриспруденция неизбежно сталкивается со всеми высшими вопросами этики, так как не подлежит сомнению, что вопрос о верховной «идее» или верховной цели права может быть разрешен только в связи с таким или иным общим миросозерцанием. Вопросы права утрачивают свое самодовлеющее значение и делаются лишь частными отголосками больших философских вопросов. Чем больше углубляется исследование юридических проблем, тем яснее обнаруживается, что сплошь и рядом в основе вызываемых ими споров и разногласий лежит не что иное, как именно глубокое расхождение в философской подпочве этих проблем, в самых этических предпосылках для их разрешения. Видимые течения в юриспруденции оказываются лишь продолжением других, невидимых течений, скрывающихся глубоко в наших этических убеждениях или предрасположениях.

И основное значение в этом отношении имеет та антиномия, которую Ласк и Радбрух обозначили как противоположность между персонализмом и трансперсонализмом[1].

В чем заключается сущность культуры, сущность человеческого прогресса? Ответ может быть двоякого рода. Согласно одному, «субстратом» культуры и ее целью может быть только нравственная человеческая личность; все остальное, т. е. произведения искусства, науки и т. д., является только средством для достижения этой цели, тем «резервуаром, из которого черпается индивидуальное развитие, которым питается cultura animi». Согласно другому, культура заключается в самих этих произведениях, и человеческая личность имеет значение лишь постольку, поскольку она является «служебным членом в этом мире объективации культурных ценностей». В применении к вопросам права первое, персоналистическое воззрение приводит к выводу, что право и государство есть также лишь некоторая система служебных средств в интересах нравственного развития личности, меж тем как с точки зрения второго, трансперсоналистического воззрения осуществляющаяся в праве справедливость имеет самостоятельное и самодовлеющее

[1] E. Lask Rechtsphilosophie в Festschrift für Kuno Fischer «Die Philosophie im Beginn des XX Iahrhundert». Bd. II. 1905, стр. 13 и сл. – Radbruch Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914, S. 89–90, 97 и сл. См. его же «Введение в науку права», рус. пер. под ред. Кистяковского. Москва. 1915 г., стр. 7 и сл.

значение: самое человеческое существование только в ней находит свое оправдание. В чем заключается эта «справедливость», это объективное благо культуры, на этот вопрос ответы могут быть даны самые разнообразные – «от велений Бога до поддержания человеческого рода»: как спиритуалистическим, так и натуралистическим взглядам на этот счет трансперсонализм открывает самый широкий простор. Но основную сущность этого правления составляет мысль о том, что право и государство получают свою ценность не от человеческой личности, а от некоторой надиндивидуальной инстанции, что самая человеческая личность есть не цель, а только служебное средство для достижения таких или иных высших интересов целого.

Конечно, и с точки зрения персонализма не всякая человеческая личность в конечном результате своей жизни и деятельности явится одинаковой этической и культурной ценностью; но признание всякой человеческой личности одинаковой самоцелью, признание ее нравственной свободы составляет, с точки зрения учений этого типа, непременное предположение всякого человеческого прогресса, всякого культурного и этического совершенствования. Право служит нравственному совершенствованию личности (а потому и человечества), но служит только посредственно. Нравственный прогресс может быть только делом индивидуальной свободы, и высшим назначением права может быть лишь создание такого социального порядка, в котором эта творческая свобода личности находила бы себе наилучшие условия для своего осуществления.

Принципиальная противоположность между этими двумя воззрениями приобретает более конкретный и яркий вид в известном вопросе о взаимоотношении между личностью и государством с точки зрения пределов власти этого последнего.

Общество и государство слагаются из известного количества индивидов, из которых каждый чувствует себя отдельной, самостоятельной личностью, со своей особой внутренней и внешней жизнью, со своими индивидуальными интересами и индивидуальными, неповторяющимися особенностями. С другой стороны, раз существует и должно существовать общество, оно, как целое, имеет также свои интересы, причем эти последние сплошь и рядом оказываются в противоречии с интересами тех или других отдельных индивидов. В таких случаях возникают разнообразные «антиномии между личностью и обществом»[1], а вместе с тем и вопрос, может ли общество и государство всякий свой интерес ставить выше всякого индивидуального интереса

[1] Ср. Palante. Les antinomies entre l'individu et la société. 1913.

или же среди этих последних есть такие, которые даже для государства должны иметь абсолютное и непререкаемое значение.

Не подлежит никакому сомнению, что государство может и даже обязано ограничивать, т. е. вводить в известные рамки, индивидуальную свободу и в этом смысле приносить индивидуальные интересы в жертву общественным. Но, спрашивается, безгранична ли власть государства в этом отношении? Может ли оно предъявлять к индивиду всякие требования, какие только найдет нужным в интересах «общего блага», или же, напротив, есть такие стороны личного существования, в которые никакое внешнее вторжение недопустимо? Является ли «общее благо» в этом смысле верховной этической инстанцией или же, напротив, само оно подлежит проверке с точки зрения некоторого иного, еще более высокого принципа? Есть ли отношение между индивидом и государством всегда только отношение безусловной подчиненности или же, напротив, есть случаи, когда даже один единственный человек может противопоставить всему обществу, всему государству свой личный интерес как нечто требующее безусловного уважения и признания?

Вот вопрос, который, как известно, служит издавна предметом оживленных дебатов и делит умы на два противоположных лагеря. В нашу задачу здесь не может входить изложение истории этого огромного вопроса[1], но мы вынуждены напомнить об этой коренной противоположности воззрений ввиду того, что каждое из них соответственным образом отражается и в области гражданского права.

Мы говорили выше о том, что одной из основных черт развития гражданского права у новых народов была черта индивидуалистическая – стремление к освобождению индивида от всяких связывавших его деятельность исторических пут. Мы говорили также о том, что в этом направлении действовало как римское право, так и естественно-правовые доктрины. Как то, так и другие одинаково во главу угла своих юридических представлений полагали идею самостоятельной и автономной личности. Однако широта и характер этой автономности рисовались теоретикам этого западноевропейского индивидуализма далеко не одинаково, и в этом отношении естественно-правовое направление разбивалось на несколько течений.

Так как ближайшей задачей времени было освобождение личности от давления старых, исторически накопившихся зависимостей (сословных, общинных, феодальных, цеховых и т. д.), то первым требованием естественно-правовых учений было устранение всех этих социальных связей, стоявших между личностью и государством. Личность должна быть свободна от всяких промежуточных инстанций; между ней и

[1] См. по этому поводу, например, Ch Beudant. Le droit individuel et l'Etat. 1891.

государством не должно быть никаких «средостений». С этой точки зрения, провозглашавшиеся естественным правом свободы – свобода собственности, свобода договоров, завещаний и т. д. – обозначали лишь свободу от старых сословных и других ограничений. Но эта свобода отнюдь не содержала еще свободы от государства, отрицания его права на вмешательство во все стороны общественной жизни. Вследствие этого многие виднейшие представители естественно-правовой школы, являясь поборниками индивидуализма в только что указанном историческом смысле, в то же время признавали, что государственная власть как таковая по отношению к индивиду никаких границ не имеет, что она поэтому абсолютна. В этом последнем воззрении сходились между собой даже такие контрасты, как Гоббс и Руссо. Можно было спорить о том, какая организация государственной власти лучше (монархия или республика), но что государственная власть по отношению к индивиду абсолютна, это для них казалось бесспорным.

На этой почве, между прочим, возникло в XVIII веке то своеобразное сочетание естественного права с монархизмом, которое мы имеем в так называемом просвещенном абсолютизме с его системой всесторонней правительственной опеки над подданными. В своей борьбе с остатками феодального строя доктрина естественного права, как это делали еще средневековые легисты, могла идти рука об руку с монархической властью, и, поскольку дело касалось только этой борьбы с историческими рудиментами, примирение абсолютизма с естественным правом могло представляться возможным. С другой стороны, усвоение требований естественного права в этих пределах давало абсолютизму возможность хотя бы на время укрепить свою позицию. Ощущая невозможность перед натиском новых идей сохранять прежнее воззрение на государство как на «поместье» правящих лиц и на власть как на одностороннее право властвующих, абсолютизм стремился спасти себя, взяв на себя функцию общего просвещенного благодетеля и руководителя. Отсюда всесторонняя «доброжелательная» опека над гражданами: опираясь на провозглашаемую им свою священную обязанность заботиться о духовном и материальном благе подданных, абсолютизм стремится проникнуть во все уголки общественной и частной жизни со своим контролем и регламентацией. Наиболее ярким теоретиком такого сочетания естественного права с идеей полицейского государства является, как известно, Вольф, а свое наиболее полное практическое осуществление оно нашло в Прусском Земском Уложении 1794 г.[1]

[1] Ср. Еллинек Право современного государства. Рус. пер. под ред. Гессена и Шалланда. 1903, стр. 155–156. – Нужно, впрочем, отметить, что в вопросе о религиозной свободе Пруское Земское Уложение провозглашает принцип государственного невмешательства (II, Tit. 11, § 1–5).

Но, разумеется, такой союз не мог оказаться прочным. Развивающаяся жизнь вовсе не хотела попасть из «огня» старых феодальных ограничений в «полымя» новой монархической опеки. Абсолютизм отжил свой век, и в естественном праве взяло верх то течение, которое провозгласило верховным сувереном волю народа, volonté générale, а системе правительственной опеки противопоставило декларацию свобод, декларацию прав человека и гражданина.

Однако провозглашение этих свобод отнюдь не обозначало еще в устах деятелей Великой революции признания того, что государственная власть и принципиально в чем-либо ограничена. Напротив, с практическим индивидуализмом у них соединялась мысль об абсолютном верховенстве народа, о неограниченности народной воли по отношению к индивиду. Все декларации прав были направлены против органов власти, но не против самой власти, не против власти народа; все они имели своей целью гарантировать свободу политическую, а не свободу индивидуальную. В деле устроения общественной жизни народная воля не имеет никаких границ; против нее индивид не имеет никаких прав – ни духовных (воля народа может даже установить обязательную религию), ни материальных (собственность есть только уступленное государством пользование). Короче – абсолютизм монарха был лишь заменен абсолютизмом народа. «Общая воля» народа была снабжена всей непререкаемостью и непогрешимостью абсолютного разума, а признанное ею «общее благо» – само собою разумеющееся, абсолютной этической ценностью.

Таково было разрешение нашей проблемы, восторжествовавшее к концу XVIII века. Однако оно было далеко не единственным и далеко не общим в доктрине естественного права. Рядом с этим абсолютистическим (в описанном смысле) течением уже сравнительно рано появилось другое течение, которое идет дальше и отрицает неограниченность государства по отношению к индивиду, которое, напротив, признает, что индивид даже по отношению к государству имеет известные неотъемлемые права. Индивидуалистическая тенденция достигает здесь, таким образом, своего еще более высокого напряжения.

Зародилось это течение прежде всего в борьбе за религиозную независимость, и первым правом, которое стали провозглашать неотъемлемым, было право на свободу религиозного исповедания[1]. Свое первое практическое выражение нашло это течение в английских биллях о религиозной свободе, но главнее всего – в некоторых американских декларациях прав. Наи-

[1] Ср. Е л л и н е к . Декларация прав человека и гражданина. Изд. Библиотеки для самообразования. 1905.

более раннее теоретическое обоснование это направление получило у Локка. Согласно учению этого последнего, индивид уже от природы имеет известные права, без которых он существовать не может; создавая общественным договором государство и власть, он отнюдь не отрекается от этих прав: напротив, самое государство и самая власть создаются лишь для лучшей охраны этих прирожденных и неотъемлемых прав. Поэтому государство должно ограничиваться исключительно этой охраной; выходя за эти пределы, государство нарушает свое естественное назначение. На этом основании Локк, в прямую противоположность Гоббсу или Руссо, отрицал всякое вмешательство государства в область веры; на этом же основании он объявил неприкосновенным и право собственности.

Идеи Локка нашли себе в течение дальнейшего времени горячий отклик как в Англии, так и на континенте. Подкрепленные затем экономическим направлением Адама Смита и его последователей, они создали мощное течение, в рядах которого красуются Бентам, Кант, В. Гумбольдт, Дж. Ст. Милль, Спенсер и многие другие.

Таким образом, воззрению абсолютистическому было противопоставлено воззрение индивидуалистическое (в этом новом смысле), или либеральное; юридическому трансперсонализму был противопоставлен юридический персонализм. Если, как мы видели, в конце XVIII века, в эпоху Великой революции, торжествовало первое, то, напротив, в течение первой половины XIX века возобладало второе. Идея государственного невмешательства, идея «laissez faire, laissez passer»*, определяла, как известно, всю внутреннюю политику европейских государств. Но затем наступила снова реакция[1]. Все громче и громче стали раздаваться голоса против крайностей индивидуализма и против идеи невмешательства; в разнообразных социологических, исторических и экономических учениях роль личности стала сводиться к нулю; общество, масса становились центром внимания, а «общее благо» – верховным критерием права и нравственности[2]. Идея неотъемлемых прав стала терять свой кредит в глазах философов и государ-

---

* [«позволять и не вмешиваться» – фр.]

[1] Ср. Новгородцев. Кризис современного правосознания. 1909.

[2] Ср. Beudant, l. cit., p. 276. «Au nom de la Volonté générale ici, la de l'utilité, ailleurs de l'expérience, plus loin de l'évolution, la fée de la science moderne, en d'autres termes au nom du prétendu droit social sous ses diverses formes, le parti dominant considère, que l'homme lui apartient tout entier et prétend imposer comme loi au monde la conception qu'il a de la société et de l'ordre idéal». – [«Во имя ли Всеобщей воли, для общественной ли пользы или эксперимента, а то и ради феи современной науки – эволюции, беспрестанно взывая к некоему общественному праву во всем разнообразии его форм, господствующая партия полагает, что человек всецело принадлежит ей и пытается под видом закона навязать всем свои собственные представления об обществе и его идеальном устройстве» – фр.]

ствоведов; о границах государственной власти над индивидом они готовы были говорить разве лишь в смысле добровольного самоограничения государства. Человеческая личность стала совершенно откровенно низводиться на степень простого средства в руках общества. «Как бы ни протестовал индивид против такого принудительного обращения его в средство, как бы ни защищала его индивидуалистическая философия, – общество всегда так поступало и всегда будет поступать, пока не утратит инстинкта самосохранения»[1]. Такие и подобные изречения стали все чаще и чаще провозглашаться как некоторая неопровержимая социальная аксиома.

И тем не менее, несмотря на все эти явления, противоположное течение не исчезло: идея самоценности человеческой личности и ее неотъемлемых прав не погибла. Индивидуализм остается видным фактором современной жизни – настолько, что многим и доныне он кажется господствующим. И чем сильнее не него нападки, тем более резкую форму приобретает и его защита. Именно не чем иным, как такой крайней, резкой формой протеста является а н а р х и з м . Если с одной стороны откровенно заявляют, что общество всегда будет «принудительно обращать индивида в средство», то неудивительно, если с другой стороны в ответ на это раздается полное отрицание всякого государства и всякой власти: «Если так, если вообще такова природа государства, то, очевидно, оно есть огромное зло; если так, то не надо нам никакого государства; долой государство, и да здравствует абсолютно свободная личность!» И естественно ожидать, что чем сильнее будут крайности в одном направлении, тем сильнее они будут и в другом. Линии тяготения будут расходиться все дальше и дальше, а вместе с тем и вся общественная жизнь будет терять свою устойчивость. Теза и антитеза даны самой общественной жизнью, но для сохранения ее устойчивости и правильности, очевидно, необходим какой-то синтез. И думается, что сама жизнь постепенно, но неуклонно намечает этот синтез.

Как было упомянуто выше, первое отчетливое формулирование идеи о пределах государственного вмешательства произошло на почве вопроса о свободе религиозного исповедания, т. е. именно в той области, которая является центром всего д у х о в н о г о бытия человеческой личности: эту сторону нужно было отстоять человеку прежде всего. Но к этому вопросу первыми теоретиками неотъемлемых прав (Локком и др.) был присоединен и вопрос о неприкосновенности собственности, вследствие чего данное направление стало проповедью государственного невмешательства и во всю область э к о н о м и ч е с к и х о т н о ш е н и й . В силу исторических условий это последнее требование в XVII и XVIII веках соответствовало про-

[1] Ш е р ш е н е в и ч . Общая теория права. 1910, стр. 148.

грессивным стремлениям времени: в эпоху борьбы за религиозную свободу оно поддерживало борющихся против экономического давления со стороны католической государственной власти; в эпоху просвещенного абсолютизма оно выступало против всепроникающей правительственной опеки. Но затем, как мы знаем, положение вещей радикально изменилось: в течение XIX столетия именно эта сторона учения стала противоречить требованиям жизни и вызывать к себе отрицательное отношение. Признать принцип государственного невмешательства в область экономических отношений, признать принцип неприкосновенности собственности и абсолютной свободы договоров – значило бы совершенно отказаться от надежды когда-нибудь справиться с растущими социальными неустройствами. С этим примириться было невозможно, и так как проповедь невмешательства обосновывалась идеей неотъемлемости права собственности, то была поведена атака на самую идею неотъемлемых прав: право собственности не есть неотъемлемое право личности, так как вообще никаких неотъемлемых прав не существует.

Между тем такая постановка вопроса заключает в себе несомненный логический скачок. Возможно, что право собственности не есть неотъемлемое право, но это не значит еще, что и вовсе никаких неотъемлемых прав нет. Как это часто бывает с теориями, учение о неотъемлемых правах личности, выросшее в известной исторической обстановке, могло при самом своем появлении на свет вместе со своим чистым ростком вынести и случайные исторические придатки. Отрицать вместе с этими случайными придатками и здоровый стебель идеи было бы, конечно, совершенно неправильно; надо, напротив, вглядеться внимательнее и отделить одно от другого. И думается, что в то время, как в сферах отвлеченной мысли ведутся указанные теоретические споры, реальная жизнь незаметно производит работу отбора. Если в области экономических отношений все более и более усиливается активное вмешательство государства, то, напротив, в старом вопросе о свободе религиозного исповедания торжествует противоположный принцип – принцип свободы и неприкосновенности, современный правопорядок как будто все определеннее и определеннее проникается началом: «воздайте Божие Богови, а кесарево – кесареви».

И действительно, в огромном споре между личностью и обществом, думается, надо резко различать две совершенно несродные части спорной территории: с одной стороны, внутреннюю, духовную жизнь человека, имеющую своим кульминационным пунктом его религиозное исповедание, а с другой стороны – отношения внешнего, главным образом экономического порядка. Первые, духовные интересы составляют самое содержание, самую сущность человеческой личности – то, что дает ей ощущение ее подлинного «я» и от чего она не может отказаться, не переставая быть самою собой. Вот

почему религиозные и нравственные убеждения способны бросить маленькую горсть людей, даже одного единственного человека, на самую решительную борьбу с огромным обществом, со всемогущим государством. Вот почему самый вопрос о неотъемлемых правах личности был поставлен впервые именно в этой области. Раз государственное или общественное вмешательство грозит сломать в человеке его самое ценное, грозит убить самую его духовную сущность, нет ничего удивительного, если он примет решение или отстоять себя, или погибнуть. Чем более растет человеческое самосознание, тем более растет и ценность духовной свободы. Борьба личности за свои права является, таким образом, в этой области борьбой за свободное целеполагание, за нравственную свободу. Человек хочет свободно искать Бога и его правды, ибо только свободно признанный Бог есть Бог; принудительно навязанным может быть только идол[1].

Иное дело блага в н е ш н и е , м а т е р и а л ь н ы е . Даже совершенно исключительными поклонниками их они всегда рассматриваются лишь как с р е д с т в о для удовлетворения каких-то других потребностей, для осуществления каких-то других целей. Даже для самого некультурного дикаря они не имеют характера самоценности. Вследствие этого деятельность человека, направленная на их приобретение, легче поддается регламентированию извне: такое регламентирование или вовсе не затрагивает духовной жизни человека, или же затрагивает только косвенно, то затрудняя, то облегчая ее. Поэтому, если соображения материального характера и привлекаются иногда к вопросу о правах личности, как это было в старой индивидуалистической доктрине, проповедовавшей неприкосновенность собственности, то лишь потому, что в обеспечении экономической свободы от государства усматривали наиболее верное средство для обеспечения свободы духовной. Но, во-первых, экономическая свобода есть лишь о д н о и з с р е д с т в , которое может быть заменено каким-нибудь другим; а, во-вторых, при известных условиях оно может стать и вовсе излишним. Эти условия наступят, когда духовная свобода личности не будет вовсе угрожаема, а это случится тогда, когда все общество проникнется непоколебимым уважением к этой свободе, когда даже правящее большинство научится умерять себя в интересах меньшинства. Вследствие этого вопрос об усилении

[1] Ср. I. C r u e t . La vie du droit et l'impuissance des lois. 1908, p. 222. «Dans le domaine religieux, intellectuel ou moral, l'impératif de la conscience sociale vient se heurter a l'impératif de la conscience privée; la puissance des lois s'arrête devant la souveraineté de la personne sur elle même, car si l'on trouve quelque part la souveraineté, ce n'est pas dans l'Etat, c'est dans l'individu». – [«Императив общественного сознания, будь то в сфере религиозной, интеллектуальной или духовной, наталкивается на императив сознания индивидуального; власть законов бессильна перед суверенитетом отдельной личности, ибо суверенитет, если он вообще существует, есть свойство не государства, а индивида» – фр.]

или ослаблении государственной регламентации в области экономических отношений является не столько вопросом логики или права, сколько вопросом общественной психологии. Чем больше будет веры в безопасность духовного существования личности от всяких покушений со стороны окружающего общества, тем меньше будет протестов против экономического «обобществления», и наоборот: чем громче будут раздаваться учения о том, что человек только средство для целей общества, чем беззастенчивее будет вести себя большинство по отношению к меньшинству, тем более личность будет недоверчиво настораживаться и отмежевываться[1].

Едва ли кто-нибудь станет утверждать, что в настоящий момент исчезли все основания для описанных опасений личности: многие явления современности, к сожалению, имеют еще в этом смысле слишком тревожный характер. Но человеческая культурность, конечно, будет прогрессировать, а вместе с нею будет расти и доверие. Вследствие этого дальнейшая эволюция права может рисоваться в следующем виде: с одной стороны, постепенное, но неуклонное возрастание духовной свободы человека, а, с другой стороны, все большее и большее солидаризирование и сплочение в экономической области; «индивидуализирование» – там, «обобществление» – здесь.

Этими двумя основными линиями определяется и общее движение современного гражданского права. Конечно, гражданское право стоит вдали от вопроса о религиозной свободе, свободе мысли и т. д.; но интересы духовной личности человека не исчерпываются только ими. Помимо этих больших и кульминационных интересов, мы имеем целый ряд других, не менее интимных интересов человеческого духа, которые требуют своего признания и защиты. И вот с борьбой за эти интересы мы встречаемся в современном

---

[1] Ср. B. J a c o b . La crise du liberalisme (в Revue de métaphysique et de morale. 1903, p. 119). «La société socialiste que les uns espèrent, que les autres redoutent et que presque tous prévoient, ne pourra s'établir ou du moins se maintenir que si elle est préparée par un relèvement tout à fait décisif de la moralité commune. Elle deviendra tout de suite la plus tyrannique et la plus odieuse des formes connues de société et périra sous la révolte générale, si elle ne se compose de citoyens passionnés pour le droit, non moins décidés á respecter la liberte la liberte d'autrui qu'à défendre leur liberté propre et même capables d'affronter les plus grands risques personnels pour protéger contre toute tentative d'empietement l'indépendance de ceux qui ne pensent ni n'agissent comme la majorité». – [«Социализм, которого одни так ждут, а другие так страшатся, но в пришествии которого почти никто не сомневается, сможет установиться, а тем более сохраниться только при условии решительного подъема духовной личности всех членов общества. Он мгновенно превратится в самую тираническую, самую одиозную из всех известных форм общественного устройства и погибнет в огне всеобщего бунта, если общество не будет состоять из граждан, всецело приверженных идее права, готовых уважать свободу ближнего не менее, чем защищать свою собственную, и способных даже рисковать собой, защищая от любого посягательства независимость тех, кто мыслями и делами своими отличается от большинства» – фр.]

гражданском праве многократно. Различные отдельные ручейки этой борьбы, сливаясь вместе, дают в нем определенное и яркое течение. С другой стороны, как мы уже говорили, вопрос о полном «обобществлении» экономических отношений составляет пока только проблему. Тем не менее уже теперь может быть констатирован целый ряд сдвигов в сторону большей солидаризации. Сосуществование этих двух основных течений при поверхностном взгляде может создавать впечатление противоречивости и дисгармонии; в действительности же мы имеем в нем явление развивающейся социальной гармонизации.

Было бы, однако, ошибочно думать, что развитие права в обоих этих направлениях совершается прямолинейно и без колебаний. Мы увидим в дальнейшем немало отступлений и ложных шагов современного законодательства. Но причины этих ложных шагов двоякого рода. С одной стороны, они коренятся иногда в неправильных социально-этических предпосылках, а с другой стороны, иногда в неправильном подборе средств: сплошь и рядом к правильно поставленной цели пытаются идти неправильным путем. Ошибки в том и в другом смысле при нынешнем состоянии нашей науки вполне понятны: цивилистические вопросы в подобном освещении едва только начинают разрабатываться; необходимость «политики гражданского права», или «цивильной политики», правда, была осознана уже довольно давно[1], но сделано для ее создания в действительности пока лишь очень немного.

Однако, как бы ни было велико количество подобных ложных шагов, они не в состоянии изменить общих тенденций развития: повинуясь некоторому общему закону человеческого прогресса, право будет идти неуклонно вперед, стремясь к своей конечной цели – солидарности свободных личностей.

С этой точки зрения мы и пересмотрим в дальнейшем важнейшие проблемы гражданского права. Мы попытаемся произвести то, что Тард назвал «централизацией противоречий» (centralisation des contradictions), т. е. попытаемся подметить в юридических разногласиях борьбу подпочвенных этических течений, встречное влияние различных тенденций; мы попытаемся так-

[1] На этом в особенности настаивал Л. И. Петражицкий как в своих немецких, так и в своих русских произведениях. См. его «Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten», «Die Lehre vom Einkommen», т. II. Anhang, «Права добросовестного владельца на доходы» и др. – Нужно, впрочем, отметить, что идея политики гражданского права была далеко не чужда и предыдущей литературе. Не чем иным, в частности, как именно некоторым опытом «цивильной политики» было известное произведение Бентама «Traités de legislation civile et pénale» (Publiées en francais par Dumont. Paris, 1802) в той его части, которая излагает «Principes du code civil» и где, между прочим, даже предвосхищается «мотивационная» идея Л. И. Петражицкого (p. 95 и сл. «La bonté des lois dépend de leur conformité avec l'attente générale» – [«Добротность законов зависит от их соответствия общим чаяниям» – фр.] – и т. д.).

же проанализировать те средства, которые для той или иной цели избираются. Но, разумеется, наш пересмотр не может быть ни полным, ни детальным: предстоящая нам задача, чрезвычайно трудная уже сама по себе, затрудняется еще в особенности желанием сделать изложение доступным и для неспециалистов. Ввиду этого придется концентрировать внимание на самом существенном и во многих случаях рисовать схематически.

V. ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПРАВА И ВОПРОС О ТАК НАЗЫВАЕМОМ СВОБОДНОМ СУДЕЙСКОМ ПРАВОТВОРЕНИИ[1]

Одно из первых и самых существенных требований, которые предъявляются к праву развивающейся человеческой личностью, является требование о п р е д е л е н н о с т и правовых норм. Если каждый отдельный человек должен подчиняться праву, если он должен приспособлять свое поведение к его требованиям, то очевидно, что первым условием упорядоченной общественной жизни является определенность этих требований. Всякая неясность в этом отношении противоречит самому понятию правопорядка и ставит человека в весьма затруднительное положение: неизвестно, что исполнять и к чему приспособляться. И естественно, что чем более развивается индивидуальная самодеятельность, тем более растет эта потребность в определенности права. Пока гражданско-правовая жизнь течет вяло, движимая инерцией исстари заведенного порядка, пока индивидуальное творчество в этой области еще не играет заметной роли, до тех пор известная неясность или неопределенность правовых норм не дает себя больно чувствовать. Но дело решительно меняется с того момента, когда возникает потребность в большей личной энергии и в большей личной инициативе, тогда определенность права становится непременным условием этих последних, с т а н о в и т с я в о п р о с о м с а м о й л и ч н о с т и. Индивид, поставленный лицом к лицу с обществом, государством, имеет право требовать, чтобы ему было этим последним точно указано, чего от него хотят и какие рамки ему ставят. Логически это право на определенность правовых норм есть одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только себе можно представить; без него, в сущности, вообще ни о каком «праве» не может быть речи[2].

И действительно, мы видим, как в истории каждого народа эта тенденция к определенности права неуклонно растет. Нам приходилось уже упоминать о том, как под влиянием этой тенденции зарождается законодательство

---

[1] Ср. П о к р о в с к и й Гражданский суд и закон. «Вестник права», 1905, кн. 1; Естественно-правовые течения в истории гражданского права. СПб., 1909; «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии. «Вестник гражданского права», 1916, кн. 5. – Общий обзор новейших учений по этому вопросу см. также в посмертном издании, к сожалению, неоконченного труда А. В. З а в а д с к о г о. К учению о толковании гражданских законов. Казань, 1916.

[2] Ср. J. C r u e t La vie du droit, p. 287: «L'individu se trouve avec l'Etat, en un tête-à-tête redoutable à la liberté, lorsqu'il n'y pas entre eux un texte de loi explicite et un juge indépendant». – [«Индивид оказывается один на один с государством в опасности для его свободы, если только между ними нет ясного закона и независимого судьи» – фр.]

и как оно постепенно оттесняет старое обычное право. Та же тенденция сказывается и во всех кодификационных движениях: всякое развитое общество стремится иметь право ясное, точное, формулированное в едином компактном кодексе. Законность, исключающая возможность какого бы то ни было произвола, делается непременным предположением всякого культурного общества.

Однако осуществление этого начала законности наталкивается на некоторые весьма серьезные затруднения, и на почве этих затруднений возникает в области гражданского права следующий чрезвычайно трудный вопрос.

Закон не действует механически; для своего осуществления в жизни он нуждается в живом посреднике, который применит его к конкретным случаям. Таким посредником является суд. Но суд не есть простой счетный или логический механизм, он также имеет свой разум и свои убеждения о справедливом и должном, и вот для права возникает крупнейшая проблема: каково должно быть принципиальное отношение судьи к закону – должен ли он всегда и при всяких условиях быть только истолкователем и применителем закона или же перед лицом конкретной жизни ему должна быть предоставлена более самостоятельная и более творческая роль?

Вопрос этот приобретает особенное практическое значение и остроту в тех случаях, когда закон ощущается как норма несправедливая или когда он оставляет неясности и пробелы. Закон, вообще справедливый, может в силу тех или иных особенных условий оказаться для данного конкретного случая несправедливым. Закон, как бы совершенен он ни был в момент своего издания, с течением времени, при изменившихся обстоятельствах может даже вообще превратиться в сплошную несправедливость. Закон, далее, как и всякое дело рук человеческих, часто страдает пороками – пороками мысли или пороками редакции. Наконец, всякое законодательство, даже самая пространная кодификация, нередко обнаруживает пробелы – часто просто потому, что в момент своего издания закон еще не имел перед собой тех жизненных явлений, которые развернулись впоследствии.

Как быть во всех случаях этого рода? Должен ли судья, несмотря на все это, все же обращать свой взор исключительно к закону и при помощи таких или иных приемов извлекать из него его скрытую или предполагаемую волю; должен ли он применять закон даже тогда, когда это применение приводит in concreto к явной несправедливости? Или же, напротив, суду должно быть предоставлено более свободное положение, должно быть предоставлено право более свободного истолкования, восполнения и даже исправления закона сообразно требованиям справедливости и велениям судейской совести?

Такова проблема, которая стоит перед гражданским правом с той поры, как вообще появился закон. Она создается, таким образом, не тем или другим временем, а, так сказать, самой природой вещей, вытекает из самой наличности закона и суда.

Проблема эта давала себя чувствовать уже в античном мире в правовой истории Греции и Рима[1]. Стоит она все время и перед новыми народами, начиная от эпохи раннего средневековья, от того момента, до которого только может проникнуть наш исторический взгляд. При этом в истории западноевропейского права могут быть отмечены периодические колебания в разрешении этой проблемы. Есть моменты, когда жизнь и юриспруденция требуют строгого и неуклонного подчинения судьи закону, полного воздержания его от всякой оценки и исправления закона сообразно своим представлениям о справедливости; и есть, с другой стороны, эпохи, когда торжествует тенденция противоположная: судье предоставляется право не только широкого толкования закона, но даже и его исправления in concreto. При этом смена этих эпох находится в известной зависимости от падения или повышения естественно-правового настроения: чем сильнее отрицательное отношение к позитивному праву, чем распространеннее вследствие этого симпатия к праву естественному, тем больше у судов склонности признавать справедливость (aequitas, которая отождествляется с jus naturale) непосредственным источником права, способным восполнять и даже исправлять положительный закон[2].

XVIII век, как сказано, был веком наибольшего подъема этого естественно-правового настроения. Пестрота положительного права и его отсталость от требований жизни, выросшей уже из рамок старого феодального строя, в высокой степени способствовали установлению чрезвычайно свободного представления судов о своей роли. Под видом восполнения закона суды охотно при решении конкретных случаев проводили в жизнь то, что им казалось вытекающим из принципов естественного права.

Конечно, таким путем достигалось, в известной мере, приспособление старого права к новым условиям жизни, но, с другой стороны, такая широкая свобода судов приводила к развитию безграничного судейского субъективизма, к самым произвольным решениям и вместе с тем к еще большему усилению той неопределенности права, от которой вообще страдал XVIII век. Эта последняя сторона обострилась настолько, что чем далее, тем сильнее стали раздаваться жалобы на произвол судов и на хитросплетения юристов, и к концу века окрепла тенденция усилить зависимость судов от закона, устра-

---

[1] См. L. W e n g e r . Antikes Richterkönigtum, статья в «Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allg. Bürg. Gesetzbuchs». 1911.

[2] См. П о к р о в с к и й . Естественно-правовые течения в истории гражданского права. СПб., 1909.

нить возможность судейского субъективизма, даже если бы для этого понадобилось лишить их права толкования вовсе. Эта тенденция сказалась одинаково во всех руководящих государствах континентальной Европы.

В Пруссии Фридрих Великий, исходя из представления о том, что изъяснение смысла законов принадлежит исключительно законодательной власти, указом 14 апреля 1780 г. учредил особую комиссию законов и, воспретив отдельным судам самостоятельное толкование, повелел в случаях сомнений обращаться с запросами в эту комиссию. Этот порядок вошел затем и в Прусское Земское Уложение (§ 46 и § 47 введения). Но он скоро оказался совершенно неисполнимым и указом 8 марта 1798 г. был отменен. Судам предписывалось теперь решать всегда на основании общих правил толкования, с тем, однако, чтобы обо всех встретившихся неясностях сообщалось министру юстиции на предмет будущего законодательства (Anhang § 2 к § 47 Прусского Уложения). Последнее предписание, впрочем, осталось мертвой буквой[1].

Точно также и во Франции в эпоху революции закон 24 августа 1790 г. предписал судам обращаться к законодательному собранию «toutes les fois, qu'ils croiraient nécessaire d'interpréter une loi»*. Но и здесь это правило оказалось невыполнимым, и в Code Napoléon был включен § 4, воспрещающий судам останавливать производство под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона, вследствие чего им, естественно, возвращалось и право толкования.

Равным образом в Австрии § 26 Иозефинского кодекса 1786 г. предписывал в случаях сомнения обращаться к монарху. Однако в проекте Мартини вопрос ставится иначе: так как высшим источником всякого права является естественное право, то для восполнения пробелов судья может обращаться к этому последнему[2]. Отсюда нынешний § 7 Австрийского Уложения: «Если случай не может быть решен ни на основании текста, ни на основании естественного смысла закона, то следует принять во внимание подобные, в законах определенно разрешенные, случаи, а также основания других родственных законов. Если вопрос все еще остается сомнительным, то он, по тщательном соображении обстоятельств, должен быть решен на основании естественных принципов права (nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen)». Таким образом, естественно-правовые принципы сохраняют еще свое значение, хотя они поставлены здесь уже на самом последнем месте; первенство отда-

[1] Dernburg. Preuss Privatrecht. Bd. 1. S. 15.

* [«во всех случаях, когда они сочтут необходимым истолковать закон» – фр.]

[2] См. Wellspacher. Naturrecht und das ABGS, S. 184 и сл. в «Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allg. Bürg. Gesetzbuchs».

ется положительному закону и толкование крепче привязывается к этому последнему.

Отрицательное отношение к судебному толкованию наконец запоздалым образом сказалось и в нашем Своде Законов до судебной реформы 1864 г. Статья 65 Основных законов гласила: «Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оных, без всякого изменения или распространения. Все без изъятия места, не исключая и высших правительств, во всяком случае должны утверждать определения свои на точных словах закона, не переменяя в них без доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований». Статья 52: «В случае неясности или недостатка существующего закона каждое место или правительство имеет право и обязанность представлять о том по порядку своему начальству. Если встреченное сомнение не разрешается прямым смыслом закона, тогда начальство обязано представить Правительствующему Сенату или Министру по принадлежности...» Статья 10 Устава Гражданского Судопроизводства отменила этот порядок, запретив судам останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия закона.

Все отмеченные крайности объясняются именно как реакция против произвольного оперирования судами с понятием справедливости или естественного права в XVIII веке. Когда же эти крайности отпали, когда судам было возвращено их естественное право толкования, в теории твердо установились следующие общие правила юридической герменевтики.

Судья свободен в приемах для изъяснения истинного смысла закона; не будучи связан его буквой, судья может прибегать к толкованию логическому: он может делать заключение об истинном смысле закона на основании его положения среди других норм (толкование систематическое), на основании его истории (толкование историческое) и преследуемых им целей. Если при применении всех этих методов окажется, что слова закона шире или у́же его подлинного смысла, суд должен отдать предпочтение этому последнему (толкование ограничительное или расширительное). Если обнаружится, что данный случай не разрешается законом непосредственно, то надо принять в соображение закон аналогичный (аналогия закона); если и такого аналогичного закона нельзя найти, то необходимо обратиться к общему смыслу или общему духу законодательства (аналогия права). Но во всяком случае основным принципом толкования является правило, что только закон может быть источником судебного решения. Только из закона, из его прямых постановлений или из его общего духа суд должен черпать нормы для своих приговоров, а отнюдь не из какого-нибудь естественного права или из общих представлений о

справедливости, целесообразности и тому подобных, вне закона лежащих инстанций. Не только для исправления закона, но даже и для восполнения его пробелов все эти внезаконные инстанции силы не имеют. В этом с особенной яркостью сказался разрыв с идеями старой естественно-правовой школы.

Почти все XIX столетие живет под действием этих интерпретационных начал. Они кажутся единственно правильными, единственно согласными с самой сущностью, с самым назначением закона. Но затем, сначала незаметно, а потом все сильнее и сильнее, начинает обнаруживаться некоторое новое, оппозиционное течение.

XIX век, как уже приходилось говорить, был веком чрезвычайно интенсивной гражданско-правовой жизни. Чуть не каждое десятилетие создавало новые приемы в промышленности и торговле, а в связи с этим возникали и новые типы отношений, неизвестные не только источникам старого (римского или германского) права, но даже и кодексам начала XIX века. Со всеми этими вновь возникающими отношениями прежде всего, естественно, приходилось сталкиваться судам, и, конечно, их положение в случаях подобного рода должно было оказываться чрезвычайно затруднительным. Согласно изложенным правилам, судья и здесь должен был искать решения в законе, меж тем как было очевидно, что закон этих отношений не предвидел и предвидеть не мог. Вследствие этого часто судам приходилось для мотивировки своих решений ссылаться на такие или иные параграфы закона, в действительности никакого отношения к делу не имеющие. Тяжесть положения особенно усиливалась, если приходилось применять ясный, но устарелый и потому несправедливый закон.

На этой почве мало-помалу среди юристов-практиков стало зреть настроение, враждебное не только к указанным, проповедуемым теорией интерпретационным правилам, но и к теории права вообще. Ее стали обвинять в схоластицизме, в оторванности от жизни, в оперировании с одними абстрактными понятиями («Begriffsjurisprudenz»). В противовес развиваемым ею учениям о сущности закона и об отношении к нему суда стало формулироваться новое учение, общая сущность которого сводится к следующему.

Закон, даже самый обширный, даже представляющий весьма полную кодификацию, неизбежно имеет пробелы, так как, несмотря на все свое старание, он не может охватить всего бесконечного разнообразия житейских отношений.

Закон, даже самый совершенный, неизбежно отстает от жизни: раз изданный, он остается неподвижным, меж тем как жизнь идет непрерывно вперед, творя новые потребности и новые отношения. Искать для этих новых явлений решения в старом законе, даже в общем его духе – значит либо на-

силовать жизнь, либо создавать из этих ссылок на закон очевидную фикцию, недостойную высокого положения суда.

С другой стороны, несмотря на всякие учения о безусловном главенстве закона, в действительности судья никогда не был и никогда не может стать простым механическим применителем закона, логической машиной, автоматически выбрасывающей свои решения. Его деятельность всегда имеет творческий элемент, и игнорировать этот последний значит также создавать себе вредную фикцию, закрывать глаза перед неустранимой реальностью. Закон и суд не две враждебные силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют одну и ту же цель – достижение материально справедливого; закон для достижения этой цели нуждается в живом дополнении и сотрудничестве в лице судьи. И нечего бояться этой творческой деятельности судьи: судья в неменьшей степени, чем законодатель, сын своего народа и своего времени и в неменьшей степени носитель того же народного правовосознания.

Постепенно распространяясь и усиливаясь, описанное настроение ко времени кодификационных работ конца XIX столетия настолько овладело умами, что отразилось и на этих последних.

Из прежнего обычного учения о толковании для законодателя естественно вытекало требование по возможности все предусмотреть и все разрешить самому, не оставляя для судьи никаких неясностей и недомолвок; пробелы закона или его неопределенность мыслились только как нечто возможное, но не должное. С точки зрения новых представлений, все это радикально менялось. Законодатель мог теперь умышленно в тех случаях, где ему по тем или иным причинам точное определение не давалось или было затруднительным, выразить свою мысль в общей неопределенной форме, предоставив затем восполнение подобного «каучукового параграфа» свободному усмотрению суда. Этой возможностью воспользовались, действительно, в широком масштабе новейшие кодификаторы.

Что именно такое расширение свободы судейского усмотрения составляет характерную черту Германского Уложения, это признается единодушно всеми современными германскими цивилистами, причем многие из них именно эту его черту ставят ему в особую заслугу.

Равным образом на ту же позицию принципиально становятся и составители нашего проекта. Согласно предпосланному ими общему объяснению, они положили в основание проекта следующие начала: 1) закон прежде всего должен быть справедливым, 2) закон должен стремиться к достижению материальной, а не формальной правды и 3) «закон должен предоставить возможно широкий простор усмотрению суда, так как только при

этом условии могут быть в каждом данном случае определены отношения сторон на справедливых основаниях».

Еще более определенно ту же тенденцию санкционирует новый швейцарский кодекс, который в своей ст. 1 дает следующие правила для судебной деятельности: «Закон применяется ко всем тем вопросам, для которых он по букве или толкованию содержит определение. Если в законе нельзя найти такового определения, то судья должен решать на основании обычного права, а где и этого последнего нет, то на основании такого правила, которое он, судья, установил бы, если бы был законодателем (nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde). При этом он должен следовать принятому учению и традиции (erfolgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung)».

Наконец, в том же духе начинают теперь и в Австрии толковать вышеупомянутый § 7 Австрийского Уложения, параграф, которому до сих пор не придавали никакого значения (по словам Унгера, он был не чем иным, как лишь удовлетворением чисто теоретических вкусов его авторов) и который теперь сопоставляют (даже отдавая порой предпочтение) со ст. 1 Уложения Швейцарского[1].

Поднятый заново всем эти движением вопрос об отношении суда к закону, о расширении судейского усмотрения и о так называемом свободном праве (freies Recht) составляет в настоящее время один из самых жгучих вопросов гражданского права. Вокруг этого вопроса выросла и продолжает расти огромная литература. И кажется, что мы и здесь имеем полное возвращение на те же принципиальные позиции, на которых стояла эпоха естественного права.

Но есть ли это возвращение разрешение проблемы? Попытаемся прежде всего определить точнее область спора, так сказать, локализовать его.

Как было указано, часто даже самый ясный закон при применении его к тому или другому конкретному случаю в силу особенностей этого случая или в силу радикально изменившихся условий может оказаться несправедливым: известно ведь изречение «summum jus summa injuria»*. Спрашивается, можно ли в таких случаях предоставить судье право игнорировать этот ясный закон и постановить свое решение вопреки ему, на основании чувства справедливости или каких-либо иных соображений? Старые представители школы естественного права на этот вопрос часто отвечали без колебаний утвердительно: «Sin vero aequitas juri scripto contraria videatur, secundum ipsam

[1] См. Wellspacher Naturrecht und das ABGB, S. 185, а также v. Schey Gesetzbuch und Richter. Статьи в цитированном выше юбилейном сборнике.

* [«самый совершенный закон есть величайшая несправедливость» – лат.]

judicandum est»* – читаем мы в знаменитом Brachylogus, учебнике XII века; «Potius est jus naturale quam principatus»** – учил известный «комментатор» Baldus. Идут ли так же далеко представители нынешнего направления «свободного права»?

Да, есть между ними и такие. Наиболее смелости и решительности в этом отношении обнаруживают представители новейшего юридического «п р а г м а т и з м а» и «р е л я т и в и з м а»[1]. Они откровенно низводят закон до степени простого «литературного произведения», имеющего своим единственным назначением поддерживать в публике иллюзию объективного и для всех равного правосудия. Они принципиально объявляют верховной правотворческой инстанцией «иррациональную» природу судьи, перед которой должны померкнуть все «рационалистические» (а в том числе и законодательные) критерии. Есть такие, но – по крайней мере, в настоящий момент – огромное большинство сторонников «свободного права» в самой энергичной форме открещивается от подобных идей. Они понимают, что допустить свободу судейского усмотрения contra legem*** значило бы в корне подорвать силу законодательства. Если бы всякий судья, движимый стремлением к «материальной, а не формальной правде», имел право критиковать и по своему усмотрению применять или не применять закон, тогда, очевидно, все законодательство лишилось бы своего властного значения и оказалось бы поставленным под контроль судов. Власть законодательная оказалась бы подчиненной власти судебной даже в лице ее самых низших органов, судов первой инстанции. Идти так далеко указанное большинство не решается, хотя учение о том, что закон есть не абсолютное веление власти, а только известная д и р е к т и в а суду, составляет довольно обычное положение в ряду догматов теории «свободного права». Во всяком случае двусмысленность этого положения устраняется торжественным заявлением представителей этого большинства о том, что направление «свободного права» отнюдь не является «конспирацией с целью вызвать неповиновение законам»[2].

Таким образом, спор между так называемой «традиционной методикой толкования» и главным руслом нового течения касается только случаев н е я с н о с т и или н е п о л н о т ы закона, именно здесь суды должны быть освобождены от обязанности восходить по аналогии к мысли и воле закона;

---

* [«Если же в действительности справедливость окажется противоречащей писаному праву, судить следует сообразно с нею» – лат.]

** [«Естественное право значит больше, чем верховная власть» – лат.]

[1] См. об этом м о ю вышеуказанную статью ««Прагматизм» и «релятивизм»...».

*** [«вопреки закону» – лат.]

[2] R a d b r u c h . Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914, S. 198 Anm. II.

именно здесь им должна быть предоставлена свобода усмотрения и правотворчества.

Однако первый вопрос, который при этом неизбежно возникает, заключается в следующем: если суду должна быть предоставлена свобода усмотрения, то о какой свободе здесь может быть речь? Должны ли мы допустить усмотрение субъективно-свободное? Должны ли мы признать, что при неясности закона или наличности пробела в законодательстве судья может решать, как ему лично угодно?

В этом пункте течение «свободного права» разбивается на два рукава.

Одни из его представителей отвечают на заданный вопрос утвердительно: да, судья может черпать решение из своего субъективного правосознания или из своего правового чувства («aus dem subjektiven Rechtsgefühl» – Ehrlich, «aus Rechtsempfinden» – Fuchs, «nach seiner persönlichen Überzeugung» – Radbruch, «la récherche spontanée» – Van der Eyken и т. д.).

Возникающее при этом естественное опасение, что субъективно-свободное правосознание судьи легко может превратиться в субъективно-свободный произвол, пытаются парализовать возражением, что все равно никаких объективных гарантий против этой опасности найти нельзя, что весь вопрос заключается в надлежащем личном подборе судебного персонала. Сюда мы должны направить наше внимание и помнить, что не всякий, кто только изучил законы, уже способен занимать ответственное место судьи; для этой роли годятся лишь люди выдающихся интеллектуальных и моральных качеств. Так совершено определенно ставит вопрос, например, Эрлих, но вариации на эту тему мы находим в конце концов почти у всех. Однако очевидно, что такое перенесение проблемы на личную почву едва ли способно дать разрешение указанного выше сомнения. Справедливо по этому поводу было замечено, что подобная постановка вопроса представляет в деле правосудия создание своего рода «культа героев» (Rundstein – «Romantik des richterlichen Heroenkultus»). Общество дает только таких судей, которых оно может, и всякий судья, какой бы выдающейся личностью он не был, неизбежно будет захвачен политическими, этическими и т.п. течениями своего времени. А при таких условиях субъективизм и партийность окажутся неизбежными атрибутами правосудия.

Ввиду этого другие – и таковых, по-видимому, большинство – подобной субъективной свободой усмотрения не удовлетворяются. Установление ее, говорят они, обозначало бы санкционирование судебного произвола и, вместе с тем, судебной анархии. Оно позволяло бы каждому судье проводить на судейской трибуне свои личные взгляды, как бы экстравагантны они ни были. Оно вносило бы величайшую неопределенность в область гражданских

отношений и делового оборота: люди не знали бы заранее, как будет разрешено то или другое правоотношение, как будет юридически оценена та или другая сделка. Оно вносило бы хаос в дело правосудия: один судья разрешал бы данное дело так, а другой – рядом – иначе. Если бы дело дошло до этого, тогда «свободное право» принесло бы не улучшение, а весьма серьезное ухудшение. Нет, если судам должна быть предоставлена бóльшая свобода усмотрения, то лишь при том условии, если им может быть одновременно указан в виде руководства хотя и внезаконный, но все же такой или иной о б ъ е к т и в н ы й критерий.

Но что может сыграть роль такого объективного критерия? Здесь направление «свободного права» разбивается уже на множество отдельных мелких потоков, перечислить которые едва ли даже есть возможность. Одним кажется достаточно объективным понятие с п р а в е д л и в о с т и («Billigkeit», например, S c h m ö l d e r), другим понятие к у л ь т у р ы («was die Kulturentwickelung fordert» – B r ü t t), третьим «п р и р о д а в е щ е й» как система «объективных моральных ценностей» («nature de choses» – G é n y), Ш т а м м л е р предлагает в качестве руководства построенный им критерий с о ц и а л ь н о г о и д е а л а («Gemeinschaft der frei wollenden Menschen») с его принципами «уважения» и «участия» (Grundsatz des Achtens» и «Grundsatz des Theilnehmens»). Одни видят надежную пристань в о б щ е с т в е н н о м п р а в о с о з н а н и и (S t a m p e, Kantorowicz), другие выставляют теорию в з в е ш и в а н и я и н т е р е с о в («Interesenabwägung») и т. д., и т. д. Чем больше разрастается литература «свободного права», тем труднее делается обозрение этих потоков; к тому же все они в отдельности от взаимного трения мало-помалу утрачивают свою яркость и определенность; очевидно, все течение этого рукава попало на какое-то мелкое песчаное место.

Здесь нет возможности останавливаться на подробном критическом пересмотре всех этих предлагаемых «критериев»; остановимся поэтому лишь на некоторых, особенно подкупающих с первого взгляда.

Под чрезвычайно симпатичным флагом выступает прежде всего т е о р и я в з в е ш и в а н и я и н т е р е с о в: при всяком новом правоотношении, с которым встречается судья, он должен выяснить и оценить сталкивающиеся интересы и отдать предпочтение более достойному. С этой точки зрения, например, С а л е й л ь рисует роль судьи как роль некоторого социального посредника, примирителя социальных конфликтов. Но все это учение разбивается о естественный и логически неизбежный вопрос: а где же мера для подобного взвешивания, где критерий для оценки коллидирующих интересов? Сама в себе идея Interessenabwägung никакого критерия не заключает.

Как будто больше определенности дают те, которые предлагают руководиться общественным правосознанием. Но и эта определенность только мнимая. Выше мы говорили уже о том, что при современной классовой дифференциации общества по всем наиболее острым вопросам, которые именно вызываются вновь возникающими конфликтами, единства общественного правосознания мы не найдем. Мы встретимся только с противоположностями: на одной стороне правосознание рабочих, на другой – предпринимателей; на одной стороне правосознание промышленников, на другой – землевладельцев и т. д., и т. д. Примирение этих противоположностей возможно только или путем добровольного соглашения сторон, или путем властного закона, причем как в одном, так и в другом случае примирение это состоится чаще всего не на почве правосознания одних или правосознания других, а на некоторой третьей, средней норме, которая как таковая будет чужда и одним, и другим, являясь только нормой компромиссной. Как в случае войны только мирный договор определит дальнейшее взаимное отношение воюющих сторон, так же точно и во внутренних социальных конфликтах только указанный компромисс в большинстве случаев определит самое «общественное правосознание»; до него мы будем иметь дело только с колебаниями и с более или менее неопределенными симпатиями отдельных лиц в ту или другую сторону. При таких условиях свободное «взвешивание интересов» на основании «общественного правосознания» неминуемо превратится в осуществление на судейской трибуне личных симпатий и партийных пристрастий. «Свободное судебное правотворение, – справедливо говорит Rundstein[1], – могло бы быть допущено только тогда, если бы социальное правосознание действительно представляло собою какое-нибудь единство, если бы заимствованный из него масштаб действительно мог привести в своем конкретном применении к единообразным оценкам. В противном случае борьба интересов окажется перенесенной и в область правосудия, причем и в нем найдет себе резонанс преобладание групп социально сильнейших». Вместо примирения такое правосудие привело бы, напротив, лишь к обострению социальных конфликтов, а, вместе с тем, во всех ищущих суда окончательно подорвало бы веру в беспристрастность и правомерность судебных решений.

Едва ли определеннее и то правило, которое дается в ст. 1 Швейцарского Уложения: судья должен решить на основании той нормы, которую он установил бы как законодатель. Согласно этому положению, судья должен мысленно вообразить себя законодателем, при-

[1] Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins в «Archiv f. bürg. Recht». Bd. 34, Heft. 1 (1909).

званным создать для случаев подобного рода общую норму. Но может ли он при этом вообразить себя законодателем совершенно свободным? Может ли он, если он ницшеанец, дать простор своим теориям о сверхчеловеке и о христианстве как о морали рабов? Может ли он, если он социал-демократ, осуществлять свою программу, если он крайний реакционер, восстановлять порядки феодального или крепостного права? Или же он должен представить себя законодателем в данных реальных условиях, при данном реальном соотношении партийных и политических сил, мысленно учесть вероятный исход голосования данной нормы в парламенте? В конечном итоге и та, и другая альтернативы неизбежно приведут к (немножко большему или немножко меньшему) торжеству личных настроений и пристрастий. Правильно и здесь говорит Rundstein: «Там, где общество состоит из дифференцированных кругов, где национальные и классовые противоположности создают различные оценки как существующих, так и предлагаемых норм – там понятие «нормального законодателя» будет с роковой необходимостью оставаться фикцией, прикрывающей судейский субъективизм»[1].

На все подобные возражения представители течения «свободного права» отвечают указанием на то, что и при «традиционной методе» по существу суды сплошь и рядом под видом толкования закона или применения его по аналогии проводят то, что им кажется справедливым, говоря проще – то, что хотят провести. Пусть это до известной степени верно, но все же не подлежит сомнению, что для судейского субъективизма и произвола при этой методе простора значительно меньше: она принципиально отрицает возможность личного усмотрения, меж тем как теория «свободного права» его принципиально признает А такое принципиальное признание или отрицание, разумеется, будет иметь различное действие на психологию судьи.

С другой стороны, нельзя игнорировать и общественно-психологического значения нашей проблемы. Как бы ни прорывались при нынешней методе толкования субъективные настроения судей, в обществе все же сохраняется вера в то, что приговоры постановляются на основании объективных велений закона. Самая несправедливость приговора относится не на счет судьи, а на счет закона. Иное психологическое последствие будет иметь провозглашение свободы судейского усмотрения: вера в объективность приговоров будет разрушена, и сознание того, что судья постановляет свой приговор исключительно на основании своих личных убеждений, будет подры-

[1] L. cit., стр. 27.

вать доверие даже к приговорам, постановленным на основании закона. Вера в правосудие будет народом утрачена окончательно[1].

К аналогичным результатам приведут и все другие предложенные «критерии», вроде «справедливости», «культуры», «природы вещей» и т. д. По поводу их уже указывалось в литературе, что все это не критерии, а величайшие проблемы; отданные в руки судов, все эти понятия превратятся в фикцию, которой будут прикрываться субъективные политические или моральные симпатии судей[2].

Мы менее всего станем отрицать существование объективных начал справедливости, культуры, природы вещей; восстановление веры в существование абсолютных начал добра и права мы считаем важнейшим моральным приобретением нашего времени. Но в то же время нельзя отрицать и того, что содержание этих начал, даже среди признающих их, остается еще чрезвычайно спорным. Давать это спорное в руки многих тысяч отдельных судей – это значит не только вносить величайшую неопределенность в практическое дело правосудия, но и рисковать самой верой в эти абсолютные начала добра. Мною было в другом месте[3] на основании исторических примеров показано, что именно в этом заключалась основная ошибка всех предыдущих периодов господства идеи естественного права, ошибка, неминуемо влекшая за собой дискредитирование самой идеи и резкие повороты назад. Провозглашая, что jus naturale, или aequitas, является таким же источником правовых норм, как закон, и давая судам свободу их применения, доктрины естественного права этим самым невольно для себя широко открывали дверь для судейского субъективизма и произвола. И результаты сказывались быстро. В обществе терялось доверие к судам и к юристам; их наделяли насмешливыми прозвищами «juris perditi» вместо «juris periti»*, их обзывали софистами, шиканирующими правосудие, и т. д. Общество отворачивалось даже от самых понятий естественного права или справедливости и устремлялось в более грубую, но более надежную пристань положительного закона. Предполагаемое благо превращалось в очевидное зло: желание обла-

---

[1] Rundstein, l. cit., стр. 38–39.

[2] Ср., например, Grabowski Recht und Staat.1908, стр. 53. – Rundstein, l. cit., стр. 34. – Erich Jung. Das Problem des natürlichen Rechts. 1912, стр. 36 и сл.: «Die Anrufung der Billigkeit bedeutet auch hnichts anderes, als ein Zurückgehen auf die letzten, vorläufig nur gefühlsmässig bewussten Unterlagen des Rechtsempfindens». – [«Призыв к справедливости означает также не что иное, как возвращение к последним данным восприятия права, осознанным пока что только чувственно» – нем.] – Даже Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913, стр. 163 и сл.: «Das alles sind Fragen des Gefühllebens». – [«Все это – вопросы жизни чувства» – нем.]

[3] Естественно-правовые течения в истории гражданского права, цит. выше.

* [«юристы-погубители» вместо «ученые юристы» – лат.]

городить практику судов благодетельным началом справедливости приводило в конце концов к уничтожению веры в самую эту справедливость, к усилению скептических и морально-нигилистических течений. Точно дьявол замешивался в благое начинание и под шумок подменял добрые семена злыми плевелами.

Современное «возрождение естественного права» должно уберечься от этой многократно повторившейся в истории ошибки, должно уберечься от своего «вульгаризирования» и превращения в ширму для судейского произвола[1].

Но это не значит, что вследствие этого идея естественного права обрекается на практическую бесплодность. Отнюдь нет: она должна найти себе доступ в положительное законодательство; она должна непрестанно одухотворять это последнее своими высокими началами, придавать ему ту «радость творчества», которой, как мы видели, так недостает современным кодификациям.

Под влиянием тенденций «свободного права» современное законодательство становится на скользкий путь. Там, где проблема представляет наибольшие трудности, где желательная норма нелегко поддается формулированию, где вопрос не вполне ясен, законодатель с легкостью прибегает к излюбленному приему – употребляет какое-нибудь общее выражение, создает один из так называемых «каучуковых» параграфов, предоставляя затем судам и юриспруденции вложить в него надлежащее содержание. Прием, конечно, соблазнительный, но представляющий не разрешение проблемы, а уклонение от нее. Проблема остается проблемой, но только она перелагается на плечи

---

[1] Любопытно, что как бы в противовес течению «свободного права» в последнее время в Германии был поставлен вопрос о необходимости в целях бóльшего упорядочения судебной практики создания особого органа для обязательного толкования законов. Вопрос этот был возбужден впервые Zeiler'ом («Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung». 1911), который предлагал образование особого высшего суда для этой цели. Heck идет в этом направлении еще дальше и предлагает радикальное изменение в самом порядке законодательства: закон дает только общие положения; их развитие возлагается затем на особое учреждение и таким образом создается некоторое «Zweiteilung der Gesetzgebungs aufgaben» [«разделение надвое задач законодательства» – нем.]. Kohler и Gerland предлагают нечто аналогичное для процессуальных норм. Однако все подобные проекты едва ли могут быть признаны целесообразными. Предлагаемое Гекком «раздвоение законодательных задач» не может быть принято уже потому, что законодательные учреждения не могут ограничить себя только принципиальными резолюциями: известно, какие споры часто разгораются в парламентах по поводу тех или других деталей, тех или других «поправок». С другой стороны, особый высший суд с правом обязательного толкования только излишне стеснил бы судебное толкование вообще. Насколько возможно и нужно, соответственную роль органа руководящего играют в настоящее время во всех странах высшие кассационные суды. (Ср. Bierling. Brauchen wir einen Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung? в «Archiv für Rechts-und wirtschaftsphilosophie». Bd. VI. 1912–1913, стр. 158–165).

отдельных судей и на их ответственность. Там, где должен был бы тщательнее подумать законодатель, должны теперь думать отдельные судьи. Но, конечно, никакой судья не располагает теми материалами и теми средствами для надлежащего разрешения вопроса, которыми может располагать законодатель. Равным образом никакое решение отдельного судьи, как бы удачно оно ни оказалось, не будет иметь того авторитета, каким обладала бы норма, установленная законом. Социальное творчество при таком порядке распыляется, утрачивает свой естественный центр, а вследствие этого и ослабляется: концентрированная законодательная работа заменяется ничем не согласованной работой многих, в которой бесполезно тратится огромное количество народной энергии. Если И е р и н г правильно характеризовал появление законодательства как пробуждение народа к сознательному в социальном отношении существованию, то указанное переложение законодательных вопросов на плечи судей обозначает умышленное усыпление народа, возвращение его в стадию полусознательности. И если, как мы видели, новейшие европейские кодексы при всей массе проявляющейся в них эрудиции вызывают чувство какой-то общей неудовлетворенности и разочарования, то причина этого чувства, без сомнения, заключается именно в описанном уклонении от многих настоятельных проблем. Там, где ожидалась от них такая или иная определенная идея, яркий принцип, мы находим вместо этого «каучуковое» пустое место, наполнить которое должен кто-то другой. Но, конечно, не такова должна быть роль законодателя, стоящего в центре борющихся интересов и многосторонних социальных конфликтов.

Сторонники «свободного права» часто ссылаются на пример Рима с его преторским правом и на пример Англии с ее «судами справедливости». Но что касается Рима, то они забывают, во-первых, о том, что римское свободное правотворчество о д н о г о претора далеко не равно свободному правотворчеству м н о ж е с т в а нынешних отдельных судей, а, во-вторых, о том, что и там тенденцией развивающегося права было стремление к кодификации и к установлению преторской подзаконности[1]. Пример Англии также неубедителен. С одной стороны, и здесь нередки голоса, энергично протестующие против постоянной неопределенности права[2], а, с другой стороны,

[1] См. об этом м о е соч. «Право и факт в римском праве. Часть II. Генезис преторского права». 1902, стр. 208–209, а также цитированную выше статью Wenger'a «Antikes Richterkönigtum».

[2] В. Э. Г р а б а р ь сообщил мне, что один из английских писателей XVII века так говорил по поводу «справедливости» канцлерских судов: «Справедливость – шельмецкая вещь. Для закона у нас есть мерило. Справедливость же измеряется совестью того, кто является канцлером, и, как эта последняя бывает шире или уже, так и справедливость. Это все равно, как если бы образцом для меры, которую мы называем ф у т о м (по-английски – н о г о й), мы приняли канцлерскую ногу. Какая бы это была неопределенная мера! У одного канцлера нога длинная, у другого – короткая, у третьего – ни то, ни се. То же самое и с совестью канцлера». Еще энергичнее

едва ли сами ссылающиеся на Англию пожелали бы заменить наше континентальное правосостояние английским хаосом веками накоплявшихся прецедентов.

Не в замене «традиционной методы» толкования закона методой «свободного права» заключается задача будущего, а в оживлении и одухотворении законодательства, в усовершенствовании его аппарата, дабы оно могло лучше улавливать голос жизни и живее реагировать на него, возможно, что еще раз в юридической жизни народов прокатится волна «свободного права» и судейского усмотрения, но рано или поздно будет понято, что всякое течение этого рода лишь отбрасывает нас от настоящей дороги, увлекая нас на ложный путь.

Если теория свободного судейского правотворения заключает в себе органическую и неустранимую опасность судейского произвола, если она самую неопределенность и неясность права возводит в принцип, она, о ч е в и д н о, и д е т в р а з р е з с и н т е р е с а м и р а з в и в а ю щ е й с я ч е л о в е ч е с к о й л и ч н о с т и. Эта последняя может мириться со многими ограничениями своей свободы, если они установлены законом и если они ясны, но она не может мириться с зависимостью от чьего бы то ни было произвола, хотя бы и самого доброжелательного. Стремление к строгой законности составляет такую же непременную черту развивающегося гражданского права, как и развивающегося права публичного, и никакой судейский «трансперсонализм» этого стремления подавить не сможет[1].

выражался Б е н т а м (цит. выше сочинение «Fraités de législation», t. I, p. 355–356). Неписанное право, говорил он, – «ce droit incertain par essence, droit sans commencement et sans but, droit par lequel on gouverne les animaux, et qui n'est pas digne des hommes» [«право по сути своей неопределенное, не имеющее ни начала, ни конца, пригодное разве что для управления стадом и не достойное человека» – фр.]. При нем судья является законодателем, но таким, «dont les lois sont toutes particuliéres et toujours et nécessairement ex post facto: législateur qui ne promulgue ses lois que par la ruine des individus sur qui elles portent» [«все законы которого индивидуальны и неизбежно создаются только ex post facto [«задним числом» – лат.]: законы его пишутся кровью тех, для кого они предназначаются» – фр.].

[1] Мое отрицательное отношение к школе «свободного права» вызвало по преимуществу возражение со стороны рецензентов моей книги (М. Я. Пергамент, А. Э. Нольде, Е. А. Лаппа-Старженецкая). Они рекомендуют в этом вопросе некоторую среднюю, п р и м и р и т е л ь н у ю, позицию. Не сочувствуя крайностям нового направления, они желают «удержать его в границах действительной необходимости» (А. Э. Нольде, М. Я. Пергамент); не одобряя «каучуковых параграфов», они полагают, что в известных случаях свободное судейское усмотрение может быть все же полезным (Е. А. Лаппа-Старженецкая). Но мои взгляды на этот вопрос с логической неизбежностью вытекают из принимаемого мною п о с т у л а т а о п р е д е л е н н о с т и п р а в а к а к н е п р е м е н н о г о п р е д п о л о ж е н и я с а м о й л и ч н о с т и, к а к н е к о т о р о г о н е о т ъ е м л е м о г о п р а в а е е п о о т н о ш е н и ю к о б щ е с т в у и г о с у д а р с т в у Эта же точка зрения не позволяет мне последовать за уважаемыми рецензентами и отступить на указываемую ими прими-

VI. ПРОБЛЕМА ПРОЧНОСТИ ПРАВА. ВОПРОС О СУБЪЕКТИВНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ И О ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИИ ПРАВОМ

Если первым требованием развивающейся личности к правопорядку является требование определенности права, то вторым является требование его п р о ч н о с т и . Впрочем, оба требования тесно друг с другом связаны: они оба – только две стороны одной и той же естественной и «неотъемлемой» потребности индивида иметь свое ясное и определенное место в жизни целого социального организма.

рительную позицию. Самая эта позиция кажется мне как с теоретической, так и с практической стороны неясной. Неясен прежде всего ее теоретический, принципиальный фундамент: есть ли свободное судейское усмотрение само по себе благо или же зло? Если оно – благо, то зачем ограничивать его какими-то пределами «действительной необходимости»; если же оно – зло, т. е. нечто, противоречащее самому понятию п р а в а , то как можно рекомендовать его хотя бы в самых тесных пределах? Вся история школы «свободного права» свидетельствует именно о необходимости такого или иного п р и н ц и п и а л ь н о г о ответа на этот вопрос: не даром же в поисках принципиального обоснования доходят до всяческого «прагматизма» и «релятивизма». И всякое затушевывание этой принципиальной стороны дела, характерное для вульгарного «фрейрехтлерства», будет только запутывать вопрос до безнадежности. Часто говорят, конечно, что жизнь не укладывается в рамки принципов, что приходится балансировать между относительным благом и относительным злом, что известный оппортунизм неизбежен. Но, во-первых, самый этот оппортунизм нельзя возводить в принцип, а, во-вторых, благо юридической определенности – так же, как благо религиозной свободы, благо чести и т. д. – есть не относительное только, а абсолютное благо человеческой личности. Здесь в особенности имеют значение слова B e u d a n t 'a (цит. выше сочинение, стр. 2): «Les peuples, qui n'acceptent pas la discipline des principes soubissent tôt ou tard la discipline de la force». – [«Народам, которые не желают подчинятся принципам, рано или поздно приходится подчиниться силе» – фр.] – Равным образом неясно рекомендуемое «примирение» и с практической стороны. Где «границы действительной необходимости» и чем предполагается удержать судейское усмотрение от извращения в судейский произвол? И вообще, если мы освободим судью от связанности законом, где мы найдем критерий для разграничения «усмотрения» от «произвола»? Как бы ни старались наука и практика «конкретизировать содержание внезаконных критериев» (А. Э. Нольде), оно все же будет оставаться юридически не обязательным; таковым оно станет только тогда, когда будет предписано прямо законом, т. е. когда мы вернемся снова к нашей отправной точке. Пусть, наконец, свободное судейское усмотрение и н о г д а может оказаться полезным для тех или других ч а с т н ы х интересов личности, но оно всегда бесконечно вредно для о с н о в н о г о и о б щ е г о интереса личности, интереса в определенности ее правового положения, в независимости от чьей бы то ни было милости или немилости. И снова приходят на память слова Б е н т а м а (l. cit., t. II, p. 105–106): «Toute usurpation d'un pouvoir supérieur à la loi, quoique utile dans ses effets immédiats,doit être un objet d'effroi pour l'avenir. Il y a de bornes, et même de bornes étroites, au bien qui peut résulter de cet arbitraire, mais il n'y en a point au mal possible, il n'y en a point à l'alarme». – [«Всякая стоящая над законом власть угрожает будущему, как бы полезны ни были ее первые деяния. Порожденное произволом благо не может выйти за узко очерченные рамки, тогда как зло его безгранично, а потому и угроза, которую он несет в себе, также не имеет пределов» – фр.]

Необходимость удовлетворения этой потребности приводит к признанию индивида субъектом прав и к закреплению за ним тех или других субъективных прав.

Гражданское право как система юридической децентрализации по самой своей структуре покоится на предположении множества маленьких центров, автономных устроителей жизни в тех областях, которые охватываются гражданским правом. Эти центры и суть субъекты прав. Для осуществления той свободы и инициативы, которая составляет основную задачу гражданского права, этим субъектам прав предоставляются так называемые субъективные права (например, право собственности, право требования и т. д.), общая сущность которых заключается в известной юридически обеспеченной возможности действовать по своему желанию.

Таким образом, понятие субъекта прав и принадлежащих ему субъективных прав составляет необходимое логическое предположение всякого гражданского права, без этих понятий самое гражданское право было бы немыслимо. Не будучи юридической личностью, т. е. субъектом прав, и не обладая субъективными правами, личность физическая, т. е. индивид, никогда не могла бы явиться полным господином своих сил и способностей, никогда не могла бы стать необходимым действенным агентом культурного и экономического прогресса.

Все это казалось до последнего времени бесспорной истиной. Можно было спорить о количестве и широте тех прав, которые должны быть предоставлены индивиду, но самая идея личности как субъекта прав и самая идея субъективных гражданских прав не подвергались сомнению.

Однако в новейшее время стало заметно течение, которое, не отрицая, как социализм, принципиально самого гражданского права, решительным образом восстает именно против этих идей и усматривает в уничтожении их необходимое условие дальнейшего прогресса. Правда, течение это еще не вылилось в стройную и всесторонне проведенную систему, тем не менее оно начинает уже то там, то здесь находить себе сочувственные отклики и потому, ввиду его огромного принципиального значения, заслуживает хотя бы самого общего упоминания.

Глашатаем этого течения в немецкой литературе явился G. Schwarz[1]. Отправляясь от теоретического вопроса о природе юридических лиц, – вопроса, который и доныне остается все еще спорным, – этот ученый пришел к заключению, что вся путаница в этом вопросе, как и в целом ряде других, происходит именно от нашей неудачной идеи субъекта прав. Самая эта идея, по его мнению, совершенно несостоятельна. То, что придает известному

[1] Archiv für bürg. Recht. Bd. 32 и 34.

имущественному комплексу юридическое единство и что индивидуализирует один комплекс от другого, заключается отнюдь не в субъекте, которому то или другое имущество принадлежит, а в той юридической цели, которой это имущество служит. Имущество вообще служит не кому-нибудь, а чему-нибудь, т. е. таким или иным признанным и одобряемым правопорядком целям. Даже если имущество принадлежит кому-нибудь, например, лицу А, то и в этом случае такая принадлежность значит только одно – именно то, что данное имущество предоставлено правопорядком для служения целям лица А. Но и эти личные цели А признаются заслуживающими правовой охраны не потому, что они цели А как личности, как самостоятельного субъекта прав, а потому, что они считаются необходимыми, разумными целями всего общежития. Если человек начинает тратить предоставленное ему имущество на цели неразумные, т. е. всему правопорядку ненужные, то государство ставит на его место другого «управителя» (Verwalter), который и возвращает имущество к его объективно разумному назначению (так бывает, например, в случае расточительства). Человек, таким образом, по существу есть не субъект прав, а лишь объект правительственной заботы («Objekt der rechtlichen Fürsorge»); он не автономный автор целеполагания, а лишь управитель имущества, предназначенного служить уже извне положенным целям. Вследствие этого, говорит Шварц, современная юриспруденция поступила бы правильно, если бы вовсе выбросила из системы своих понятий понятие субъекта прав и заменила его понятием «правовой цели» – Rechtszweck.

Однако наиболее ярким представителем этого воззрения является французский ученый Leon Duguit (профессор в Бордо)[1]. Если у Шварца оно еще окутано теоретическими туманностями, до Дюги дает ему уже довольно определенный практический вид.

Весь нынешний строй, говорит Дюги, покоится на двух основных понятиях: понятии власти государства (imperium) и понятии субъективного права отдельных лиц (dominium). Но оба эти понятия отжили свой век.

Идея государства как чего-то безгранично властвующего над индивидом не мирится с нашим современным представлением об индивидуальной свободе; поэтому она должна исчезнуть. Современное государство уже мертво («l'etat est mort»); на его месте возникает иная форма государства – государства более свободного, более мягкого и гуманного, не повелевающего, а покровительствующего. Элементами этой новой формы являются, с одной стороны, идея объективного права как некоторой социальной нормы, естествен-

[1] Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'etat. 1908. – Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. 1912.

но вытекающей из взаимной социальной зависимости людей («interdependance sociale»), а с другой стороны, идея децентрализации или синдикалистического федерализма. Понятию субъективного права при этом совершенно нет места.

Ни общество, ни индивид не имеют прав. Но всякий индивид имеет в обществе известную функцию, которую он должен выполнять. В этом заключается основная сущность нового порядка, порядка «реалистического и социалистического», который, разумеется, должен глубоко изменить все наши представления и учреждения.

Возьмем, например, понятие с в о б о д ы Ее в нынешней индивидуалистической системе определяют обыкновенно как право делать все, что не вредит другим, т. е. прежде всего, a fortiori, право ничего не делать. Новое понятие свободы иное. Всякий человек должен выполнять некоторую социальную функцию, вследствие чего на нем лежит обязанность прежде всего насколько возможно развивать свои физические и духовные силы, необходимые для наилучшего выполнения этой функции. Он не вправе оставаться пассивным и ничего не делать; в случае его бездеятельности власть может вмешаться, чтобы возложить на него работу («pour lui imposer le travail»); тем более она может регламентировать его труд. Поэтому, в частности, нарушением социальной функции является с а м о у б и й с т в о , и правы те законодательства, которые карают покушения на него. Из той же идеи обеспечения социальной функции исходит, далее, законодательство, регулирующее работы в общеопасных промыслах или устанавливающее maximum рабочего времени. Смысл этого законодательства заключается не только в том, чтобы оградить рабочих от эксплуатации в чужом предприятии; нет: закон должен вмешаться и тогда, когда человек работает для себя. Истинную цель законов подобного рода составляет защита рабочего против самого себя.

Точно также и с о б с т в е н н о с т ь . Она, конечно, есть и должна оставаться; она составляет непременное условие процветания и величия обществ, и все коллективистические доктрины представляют собой возврат к варварству. Но собственность не есть право; она также только социальная функция. Собственник, т. е. держатель известного имущества, уже вследствие факта своего обладания подлежит выполнению известных, связанных с этим обладанием обязанностей. Поскольку он выполняет эти обязанности, всякий его акт заслуживает охраны; но если он их не выполняет или выполняет дурно, если, например, он не культивирует своей земли или оставляет свой дом на разрушение, власть вправе вмешаться и принудить его к выполнению социальной функции собственника, которая состоит в употреблении богатств сообразно их назначению. На собственнике лежит обязанность употреблять вещь для удовлетворения не только своих, но и общих потребностей, потреб-

ностей нации или других более мелких союзов, и лишь из этой его обязанности вытекает его власть над вещью.

Таково в своих основных чертах учение Дюги. Мы видим, что если Шварц свои главные удары направляет против понятия субъекта прав, то Дюги стремится ниспровергнуть идею субъективного права. Но по существу оба учения однородны. Отрицая понятие субъекта прав, Шварц должен вместе с ним выбросить и понятие субъективного права, так как субъективное право вне понятия субъекта прав логически немыслимо. С другой стороны, Дюги, отвергая идею субъективных прав, этим самым уничтожает и понятие субъекта прав: субъект прав, не наделенный никакими правами, очевидно, логический nonsens. С точки зрения обоих учений, человек действительно не субъект прав, а лишь объект государственной заботы, подлежащий во всех сторонах своего существования начальственному контролю.

В этом последнем отношении учение Дюги обнаруживает непримиримое внутреннее противоречие. С одной стороны, как мы видели, Дюги провозглашает, что нынешнее государство, покоящееся на идее власти (imperium), умерло и должно уступить свое место иному государству, государству без власти. Однако, с другой стороны, все то, что он говорит о социальной функции, лежащей на индивиде, свидетельствует о противном. Власть («les gouvernants») вмешивается не только тогда, когда индивид бездействует, но даже и тогда, когда он слишком много действует; власть не только налагает на индивида работу, но и удерживает его от слишком усердной работы. Будет ли такое государство, как уверяет Дюги, менее повелевающим, чем нынешнее, – в этом с полным основанием можно сомневаться.

Тем более, что те «r é g l e s d e d r o i t»*, которые, по учению Дюги, якобы сами собой вытекают из «interdependance sociale» и которые определяют «социальную функцию» каждого, в действительности в его учении остаются совершенно неопределенными. В чем заключается социальная миссия каждого, каково социальное назначение того или другого имущества, каковы подлинные потребности нации и т. д., – все это вопросы, которые Дюги совершенно не считает нужным сколько-нибудь осветить. Естественно, что для тех «gouvernants», на обязанности которых, по мысли Дюги, должно лежать наблюдение за выполнением социальных функций, подобные «régles de droit» дают в сущности полную carte blanche: под видом этих «régles» должен был бы неминуемо водвориться тиранический субъективизм.

В этом последнем отношении даже те «коллективистические доктрины», которые Дюги клеймит как возвращение к варварству, заслуживали бы безусловного предпочтения: в централизованной системе хозяйства «социальная

* [«нормы права» – фр.]

функция» каждого была бы ясно определена. Государство требовало бы от индивида только одного – выполнения рабочей повинности в определенном размере; за пределами этой повинности никаких претензий к индивиду «рабочее государство», по крайней мере в идее, не предъявляет. Между тем неизвестно еще, во что обратилась бы в руках «gouvernants» туманно формулированная Дюги общая обязанность каждого всесторонне «развивать свою индивидуальность».

Если, с одной стороны, учение Дюги о государстве и власти («l'état est mort») звучит, как анархизм, то, с другой стороны, его учение о свободе и собственности заставляет вспоминать давно пережитые времена «доброжелательной» правительственной опеки. Любопытно в этом смысле полное совпадение мысли Дюги о том, что, если собственник оставляет свою землю впусте, власть должна вмешаться и принудить его к обработке в интересах удовлетворения общей потребности, с аналогичным мертворожденным постановлением старого Прусского Земского Уложения. Это последнее (II. VII. § 8 и 9) говорило: «Всякий земледелец обязан культивировать свой участок, и в интересах удовлетворения общей нужды («auch zur Unterstützung der gemeinen Nothdurft») он может быть принужден к этому даже мерами власти, а если бы таковые оказались недостаточными, может быть вынужден к продаже земли в другие руки». Дюги это постановление Прусского Земского Уложения осталось неизвестным, и потому высказываемая им мысль кажется ему новейшим откровением утонченного правосознания.

Как учение Шварца, так и учение Дюги построено на предположении каких-то над индивидом и имуществом стоящих «социальных функций», или «правовых целей». Не индивид определяет цели для своей деятельности, не индивид дает то или другое назначение имуществу; нет, напротив: эти цели уже даны чем-то объективным, стоящим выше отдельных лиц. Что такое это надиндивидуальное, объективное, – на этом вопросе ни Дюги, ни Шварц не останавливаются; тем не менее очевидно, что все их учение покоится на одной общей идее – идее полного отрицания личности. И действительно, Дюги в одном месте своих «Transformations» прямо вскрывает этот принципиальный фундамент всего своего учения[1]. «В настоящее время, – говорит он, – мы пришли к ясному сознанию, что индивид не цель, а средство, что он не что иное, как только колесо в той огромной машине, которой является социальное тело; каждый из нас имеет raison d'être лишь постольку, поскольку он выполняет ту или другую социальную миссию».

Быть может, для всех тех, кто разделяет это основное воззрение Дюги, его дальнейшие выводы и могут оказаться приемлемыми, но во всяком слу-

[1] Стр. 157.

чае никак нельзя выдавать этого воззрения за продукт новейшего правосознания. Мы знаем, что это воззрение есть не интуитивное прозрение грядущего, а возвращение к прошлому[1]. Едва ли современное этическое сознание примирится с тезисом, что человек не цель, а средство, что он только колесо в огромной машине, имеющее право на существование лишь постольку, поскольку оно крутится в интересах этой безличной машины. Признать это воззрение – значило бы зачеркнуть весь пройденный до сих пор человечеством путь, забыть все страдания подавляемой личности, всю ее трагическую борьбу за свои права и отдать даже то, что добыто, в полное распоряжение некоторого огромного Молоха – якобы без imperium, но в действительности с безграничной и всюду проникающей властью.

Развивающаяся и приходящая к сознанию самой себя человеческая личность, напротив, чем далее, тем более будет не в состоянии мириться с какой бы то ни было непрочностью, прекарностью своего юридического положения. Не милости, а права требует она. Не «объектом государственного призрения» желает она быть, а самостоятельным субъектом целеполагания. А с этой точки зрения никакой правопорядок не может обойтись без признания человека как такового юридической личностью, субъектом прав и без предоставления ему прав в субъективном смысле как необходимого средства для осуществления индивидуальной самодеятельности и самоутверждения. В борьбе за субъективное право, справедливо замечает Радбрух[2], человек борется за свою моральную личность.

Но если необходимость признания субъективных прав не подлежит сомнению, то, с другой стороны, нельзя отрицать и того, что осуществление этих прав может в том или другом случае приводить к нежелательным, с точки зрения правопорядка, последствиям. Должно ли право мириться с этими последствиями, как с неизбежным злом, как с неотделимой оборотной стороной субъективных прав, или же оно может каким-нибудь образом

---

[1] В частности, все «новое» учение Дюги заключается уже в следующих словах О. Конта («Catéchisme positiviste», p. 288 и сл.): «La notion du droit doit disparaitre du domaine philosophique... Le positivisme n'admet que des devoirs... Tout droit humain est absurde autant qu'immoral. Et puisqu'il n'existe pas de droit divin, cette notion doit s'effacer complètement comme purement relative au régime préliminaire et directement incompatible avec l'état final, qui n'admet que des devoirs d'après des fonctions». – [«Категория права должна исчезнуть из философии... Позитивизм признает лишь обязанности... Любое субъективное право индивида абсурдно и аморально... Поскольку божественное право не существует, само понятие права должно отойти в небытие как явление не более чем относительное даже для примитивного общественного устройства и абсолютно несовместимое с правилами совершенного общества, признающего лишь обязанности, обусловленные социальными функциями» – фр.]

[2] Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914, стр. 52.

парализовать их? В этом заключается также одна из наиболее острых проблем современного гражданского права. Более конкретно она представляется в следующем виде.

Согласно общему принципу, тот, кто имеет какое-либо право, может его осуществлять, невзирая на то, что в результате такого осуществления может возникнуть вред для другого; еще римские юристы говорили: «qui jure suo utitur, nemini facit injuriam»*. Я могу построить на своем участке огромный дом, который совершенно лишит света ваше соседнее строение. Я могу взыскивать с вас долг, хотя бы мне деньги были в данный момент не нужны, а вы будете вследствие взыскания совершенно разорены, и т. д. Каждый, таким образом, в области гражданского права может действовать, исключительно руководясь своими собственными интересами и не заботясь об интересах других: эти последние должны заботиться о себе сами. Нужно только, чтобы осуществляющий свое право оставался в формальных границах этого последнего.

Однако на этой почве возможны случаи, когда лицо, имеющее право, воспользуется им не для удовлетворения каких-либо своих интересов, а с исключительной целью причинить другому вред. Одним из наиболее типичных и исторически древнейших случаев этого рода был случай постройки назло соседу (т. н. Neidbau): я строю на границе своего участка высокую стену с исключительной целью лишить света окна вашего дома. Подобное осуществление права с целью причинить другому вред носит название злоупотребления правом, или шиканы (abus de droit, Chikane, Rechtsmissbrauch). Может ли гражданское право к случаям подобного рода относиться равнодушно?

Уже римские юристы обращали внимание на проявления шиканы и уже у них, наряду с вышеприведенным положением «qui jure suo utitur, nemini facit injuriam», мы находим решения в смысле запрещения шиканы и изречения вроде «malitiis non est indulgendum»** На основании этих решений юриспруденция новых народов – определенно в XVII и XVIII веках – поставила вопрос о необходимости общей нормы на этот счет. Из законодательств мысль о недопустимости злоупотребления правом впервые нашла себе санкцию в Прусском Земском Уложении (I. 6. § 36 и 37, I. 8. 26). Два другие кодекса начала XIX века, Code Napoléon и Уложение Австрийское, проходят этот вопрос молчанием. Тем не менее во французской практике и литературе идея «abus de droit» была известна и имела реальное значение.

---

* [«кто использует свое право, не ущемляет ничьих прав» – лат.]

** [«злоупотребление непростительно» – лат.]

Заново вопрос возник при составлении проекта Германского Уложения. Как в первой, так и во второй комиссии вопрос о необходимости общего запрета шиканы возбуждался, но оба раза был решен отрицательно, причем главным мотивом для такого отрицательного решения послужило опасение, что подобное общее правило весьма повредило бы прочности правопорядка, создало бы опасную неопределенность в пользовании правами и вызвало бы гораздо более нежелательных явлений, чем желательных. Однако, несмотря на эти соображения, Bundesrat внес в проект соответствующее положение относительно осуществления права собственности: «Осуществление права собственности, которое может иметь своею целью только причинение вреда другому, недопустимо». Комиссия от рейхстага решила распространить это правило на все права вообще, перенеся его из отдела о праве собственности в общую часть кодекса. Таким образом возник нынешний § 226 Германского Уложения, гласящий: «Осуществление права недопустимо, если оно может иметь своею исключительною целью причинение вреда другому» («Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen»).

В том же направлении пошло затем и Швейцарское Уложение. Уже в первом проекте 1900 г. находилась статья (644), запрещавшая осуществление права собственности с очевидной и исключительной целью причинить другому вред. Но точно так же и здесь в дальнейших стадиях обсуждения это запрещение было обобщено и поставлено во главу всего кодекса. Статья 2 его гласит: «Всякий при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей должен поступать по доброй совести. Очевидное злоупотребление правом недопустимо» («Jeder mann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts ist unzulässig»).

Аналогичный проект предложен и во Франции Салейлем, который внес в комиссию по пересмотру Code Civil предложение дополнить Art. 6 этого кодекса следующим: «Un acte dont l'effet ne peut être que de nuir à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit»[1].

Наконец, на ту же точку зрения становится и наш русский проект обязательственного права. Правда, этому предшест-

[1] [«Не может признаваться законным осуществлением права действие, совершаемое лицом без ощутимой и правомерной для себя выгоды, но имеющее в качестве единственно возможного результата причинение вреда другому лицу» – фр.] – Общие сравнительноисторические данные по вопросу о запрещении шиканы см., например: Karl Huber Über den Rechtsmissbrauch, 1910.

новали долгие колебания. Прежняя комиссия по составлению проекта Гражданского Уложения, коснувшись этого вопроса при обсуждении обязательств, пришла к заключению отрицательному. «Настоящий проект, – читаем мы в объяснениях[1], – не признает целесообразным установить ответственность за вред, причиненный недобросовестным пользованием своим правом, так как случаи подобного рода едва ли часто встречаются, а, с другой стороны, установление такой ответственности стесняло бы лиц в осуществлении своих прав в виду сопряженного с сим нарушения чужих имущественных интересов и колебало бы твердость приобретенных прав». Однако при обсуждении проекта обязательственного права, внесенного ныне на обсуждение законодательных учреждений, точка зрения уже изменилась. «Нельзя не признать, – читаем мы в объяснительной записке министра юстиции к проекту, – что осуществление права, направленное исключительно на причинение вреда другому, без всякой пользы для себя, является в сущности не чем иным, как извращением права, вопреки его экономическому и историческому назначению, т. е., другими словами, деянием явно неправомерным. С этой точки зрения германское законодательство поступает, несомненно, весьма целесообразно, относя такого рода деяния к разряду деяний недозволенных». Ввиду этого в проект включена ст. 1174, которая гласит: «Действовавший в пределах предоставленного ему по закону права не отвечает за причиненный вред, разве бы он осуществлял свое право единственно с намерением причинить вред другому».

Нужно, впрочем, сказать, что в теории гражданского права общее правило о недопустимости злоупотребления правом встречает многочисленных и авторитетных противников (Ihering, Unger, Rewoldt, Stubenrauch, Martin и др.), причем основными мотивами для такого отрицательного мнения являются те же, которые высказывались как в германской, так и в нашей комиссии: опасность для прочности субъективных прав, легкость при обсуждении конкретного вопроса о шикане смешения права с моралью, вероятность бóльшего вреда для правопорядка, чем пользы.

И нужно признать, что все эти опасения не вовсе лишены основания. Дело в том, что, выйдя из одной и той же отправной мысли, запрещение шиканы вылилось в два совершенно различных типа.

Как явствует из приведенных выше текстов, между законами германским и швейцарским есть весьма существенная разница. В то время как § 226 Германского Уложения шиканой или злоупотреблением правом считает только такое осуществление права, которое может иметь своей единственной

[1] Проект обязательственного права. Кн. V. Объяснения к ст. 1066, ср. Объяснения во второй редакции, ст. 1037, в том же духе.

целью причинение вреда другому, швейцарская ст. 2 объявляет недопустимым всякое осуществление, противное началам «доброй совести», «Treu und Glauben». Относительно последнего понятия нам придется говорить далее, но во всяком случае не подлежит сомнению, что швейцарское понятие шиканы гораздо шире и растяжимее понятия германского. Для германского закона существенным признаком понятия является субъективный умысел причинить другому вред (animus nocendi, «осуществление права, которое может иметь своею единственною целью причинение вреда»); для Швейцарского Уложения, напротив, достаточно объективное несоответствие принципам «Treu und Glauben». Под это последнее понятие могут быть подводимы, например, и те случаи, когда я осуществляю свой малый интерес в ущерб вашему большому, или когда я причиняю вам вред не потому, что желаю его, а просто потому, что не обращаю на ваши интересы никакого внимания. Так например, согласно мнению K. Huber'a, швейцарская ст. 2 поражает не только случаи умышленного злоупотребления, но и случаи «злоупотребления по небрежности» («auch den culposen»). Согласно мнению другого комментатора, Trueb'a, ст. 2 предполагает со стороны судьи взвешивание встречных интересов «с точки зрения справедливости» («aus Billigkeitsgründen und aus Gründen der Rücksichtsnahme auf die Lebensinteressen»). Одним словом, ст. 2 рассматривается в юридической литературе как восстановление знаменитой пандектной exceptio doli generalis*

Не может подлежать спору, что такое «объективное» понимание шиканы открывает для швейцарской ст. 2 неизмеримо более широкое поле действия и возможность более серьезного социального значения. Но только будет ли это социальное значение положительным или отрицательным?

Предоставляя судам возможность определять наличность злоупотребления правом по соображениям справедливости, предоставляя им возможность взвешивания коллидирующих интересов по степени их важности, Швейцарское Уложение этим самым выводит всю область осуществления прав из-под действия юридических норм, отдавая ее под контроль некоторых внезаконных критериев. Мы видели уже выше, какую степень объективности имеют все эти «внезаконные» критерии, и мы знаем, что по существу применение их обозначает только установление субъективного судейского усмотрения. Статья 2 Швейцарского Уложения представляет собой один из тех «каучуковых» параграфов, о которых была речь выше. Против такого широкого понимания шиканы, действительно, имеют полную силу все вышеприведенные соображения противников, имеют полное значение слова германской комиссии: «На

* [общая ссылка на умысел – лат.]

место твердых правовых норм станут субъективные чувства судьи, границы между предписаниями права и требованиями морали сотрутся»[1].

В конечном счете подобный всеобщий контроль судов над осуществлением субъективных прав, если бы он только был проводим последовательно, сообразно с теоретическим содержанием рассматриваемой статьи, привел бы практически к тому же, о чем думал Дюги, т. е. к полному отрицанию самых субъективных прав. И, действительно, если мы присмотримся ближе, мы увидим, что из-за всех аргументов в пользу такого широкого, «объективного» понимания шиканы в конце концов непременно проглянет мысль о некоторой социальной функции всякого права. Так например, вышеупомянутый K. Huber прямо говорит: «Das Recht kann nur gemäss der Tendenz seiner socialen Function gebraucht werden»[2]. По словам Porcherot, «я свободен пользоваться моим правом во всем его объеме, но я могу это делать лишь под условием преследования цели, согласной с социальным и экономическим назначением этого права»[3]. Равным образом, Josserand говорит о том, что каждое право «a sa finalité, que lui est propre»[4]. Но в чем состоит эта «социальная функция» права, его «finalité», его социальное и экономическое назначение – это выясняется теоретиками «объективной шиканы» так же мало, как и Дюги. Совершенно правильно отвечает им P. Roussel: «Право может служить многим ценностям, и ничто не дает вам права выбирать из них одну и отвергать другие; нельзя жертвовать свободой в пользу гипотезы»[5].

Быть может, при таком всеобщем контроле судов и будут охранены в отдельных случаях те или другие конкретные ценности известных конкретных лиц, но неизбежным конечным результатом его явится падение большой общей ценности – самого субъективного права. Пока мы дорожим этой социальной ценностью, пока мы вместе с Дюги не решаемся выбросить ее за борт, до тех пор подобный подрыв ее должен быть признан недопустимым.

Совершенно иначе ставится вопрос о шикане в Уложении Германском. Кладя в свою основу предположение субъективного намерения причинить другому вред, Германское Уложение остается на позитивно-правовой почве[6]. Можно возражать против туманности употребленных в

---

[1] Motive. I, стр. 174.

[2] [«Право может быть использовано только соответственно направленности его социальной функции» – нем.] – L. cit., стр. 84.

[3] De l'abus du droit, стр. 157.

[4] [«имеет свою, свойственную ему конечную цель» – фр.] – См. Pierre Roussel L' abus du droit. 2-me ed., 1914, стр.112.

[5] L. cit., стр. 117.

[6] Ср. Hager Chikane und Rechtsmissbrauch im heut. bürg. Rechte. 1913, стр. 65 и сл., в особенности, стр. 88 и сл.

§ 226 выражений – туманности, которая дает повод и некоторым из германских комментаторов подводить под этот параграф даже случаи «неразумного» пользования своим правом[1], тем не менее несомненно, что германский § 226 по своему содержанию значительно у́же, но зато и значительно определеннее ст. 2 швейцарской. Пусть случаи его применения будут значительно реже, но зато и опасности судейского произвола значительно меньше: они не больше, чем при всяком другом параграфе закона.

Запрещение пользоваться своим правом без всякого интереса для себя с исключительной целью причинить другому вред столь же естественно, как запрещение умышленного правонарушения вообще. Иначе можно было бы утверждать, что всякий убийца только пользуется своим правом на нож, всякий разрушитель чужого имущества – своим правом на употребление своих рук. Шикана в этом смысле есть не что иное, как самый обыкновенный деликт. То обстоятельство, что средством для причинения вреда является здесь осуществление права, никоим образом не может послужить оправданием, так как права предоставляются для удовлетворения собственных законных интересов, а не для причинения зла другим.

Намерение причинить зло, animus nocendi, является поэтому непременным и единственно надежным критерием шиканы. Там, где такое намерение отсутствует, естественно, падает и основание для ответственности. Мы сплошь и рядом своими действиями причиняем невольно другим вред. Я, например, открываю рядом с вами такой же магазин, как у вас, и своей конкуренцией подрываю вашу торговлю. Я занимаю то место, на которое претендентом являлись вы, и т. д. Возложить во всех подобных случаях на меня еще обязанность действовать «разумно» и принимать во внимание чужие интересы – это значит возлагать задачу совершенно непосильную. Быть может, ваше разорение от моей конкурентной торговли будет для вас неизмеримо чувствительнее, чем для меня воздержание от открытия магазина; быть может, место, занятое мною только для времяпровождения, было необходимо для самого вашего или вашей семьи существования. Все это может быть, но возложить на меня обязанность каждый раз сообразоваться со сравнительным положением тех лиц, интересы которых могут быть моими действиями затронуты, «взвешивать» интересы мои и чужие, предвидеть их, – это значит в действительности совершенно парализовать возможность всякой человеческой деятельности. Мы можем приветствовать, с нравственной точки зрения, поступки подобного рода, но не можем возвести их в юридическую норму, влекущую за собой обязанность имущественной ответственно-

[1] Например, D e r n b u r g . Bürg. Recht. Bd. I, 1902, стр. 110, прим. II: «Ein närrisches, vernünftigen Zweckes entbehrendes Verhalten ist gleichzustellen». – [«Глупые и разумные цели ничем не вынужденного поведения равнозначны» – нем.]

сти. И можно думать, что широковещательный швейцарский параграф о шикане в своем применении на практике значительно сузится по сравнению со своими теоретическими, потенциальными возможностями и фактически совпадет с параграфом германским (и русского проекта).

Не впадая в крайность, не берясь за неосуществимую задачу насаждения морали принудительным путем, запрещение осуществлять право с исключительной целью причинить зло будет иметь уже само по себе огромное морализующее значение. Если гражданское право является по преимуществу областью частного самоопределения, т. е. областью дозволенного э г о и з м а, то запрещение шиканы устраняет крайние, антисоциальные шипы этого эгоизма. Современное гражданское право как бы говорит человеку: если тебе позволено быть в известных пределах эгоистом, то это не значит, что ты можешь быть з л ы м : malitiis non est indulgendum.

И только в этих пределах запрещение шиканы не будет противоречить необходимому для всякого правопорядка принципу прочности права.

VII. ПРОБЛЕМА ЛИЧНОСТИ КАК ТАКОВОЙ. РАЗВИТИЕ ЗАЩИТЫ ТАК НАЗЫВАЕМЫХ ПРАВ ЛИЧНОСТИ И ЕЕ КОНКРЕТНЫХ ОСОБЕННОСТЕЙ

Рассмотренные выше начала определенности и прочности правопорядка составляют лишь ф о р м а л ь н ы е условия, необходимые для независимого юридического положения личности в общежитии. Но затем это положение характеризуется своим м а т е р и а л ь н ы м содержанием: оно может быть лучше или хуже в зависимости от того, какие права признаются за человеческой личностью, какие стороны ее существования оказываются защищенными.

Мы говорили выше о том, что первым признаком юридической самостоятельности личности является признание ее носительницей с у б ъ е к т и в н ы х прав. Освобождение личности от полного поглощения ее обществом знаменуется прежде всего признанием ее самостоятельным с у б ъ е к т о м прав, обладательницей п р а в о с п о с о б н о с т и и д е е с п о с о б н о с т и: благодаря этому она стоит теперь перед лицом общества и его властей как некоторая самостоятельная сила, как некоторая юридическая самоценность.

И чем дальше, тем больше крепнет убеждение, что эта юридическая самоценность неотделима от самого понятия человеческой личности: рабство уничтожается, а по отношению к свободным устанавливается п р и н ц и п н е о т ч у ж д а е м о с т и п р а в о с п о с о б н о с т и и д е е с п о с о б н о с т и (нормы об этих последних делаются нормами juris publici). Если в древние времена возможно было распоряжение самой юридической личностью, возможны были самопродажа и самозаклад человека, то в настоящее время такие распоряжения невозможны: юридическое качество субъекта прав неотделимо от физического бытия человеческой личности.

Но затем личность растет, и понятие субъекта прав наполняется все более и более широким содержанием; личность добивается признания за собой новых и новых прав. При этом, разумеется, рост ее субъективных прав идет параллельно росту самого ее внутреннего содержания, росту ее интересов.

Всякое примитивное право является, конечно, в этом отношении скудным: бедности внутреннего содержания личности соответствует и бедность субъективных гражданских прав. Но чем далее, тем шире развертываются одно и другое; усложнению внутри соответствует усложнение внешнее; новые потребности вызывают и новые формы для их удовлетворения.

Однако этот неуклонный рост личности имеет две стороны. В общем ходе экономического и культурного развития неизбежно повышается о б щ и й у р о в е н ь требований личности в данной среде: растут самосоз-

нание и самооценка среднего, типичного человека, и в соответствии с этим расширяется общая система субъективных прав; право объективное неизбежно должно поспевать за этим возрастающим общим самосознанием и давать ему надлежащее удовлетворение.

Рядом с этим на более высоких ступенях развития усиливается сознание самобытности и особности каждой отдельной личности и вместе с тем начинает чувствоваться потребность в праве на эту самобытность, в праве на индивидуальность.

В примитивной жизни этой потребности еще нет. Отдельная личность еще слишком поглощается обществом, она еще слабо дифференцирована от других единиц; она еще живет тем же, чем живут и другие, и «узел особности» в ней почти не существует. С течением времени дело меняется. Прогресс общества возможен только в прогрессе отдельных личностей, и непрерывное развитие индивидуальности составляет его необходимое предположение: только в богатстве индивидуальных особенностей и в их взаимодействии заключается истинное культурное богатство народа. По справедливому замечанию Зома, именно личность в своих непрерывных, иногда даже дерзких исканиях похищает огонь у богов, чтобы затем освещать им путь целым народам.

Вследствие этого для права возникает новая задача: помимо охраны человека в его «общей, родовой сущности», в его типичных интересах, дать охрану конкретной личности «во всем богатстве ее своеобразных особенностей и творческих проявлений»[1]. И действительно, чем далее, тем определеннее наблюдается движение по пути охраны человеческой личности как таковой во всей совокупности ее индивидуальных интересов и особенностей. Мы остановимся здесь только на самых основных моментах этого движения.

Первое, в чем человек нуждается, это, конечно, охрана его самых элементарных благ – жизни, телесной неприкосновенности, свободы. И право, действительно, искони берет на себя такую охрану, ограждая эти блага путем самых серьезных уголовных наказаний за их нарушение. Однако и гражданское право не остается в стороне: оно рассматривает, в свою очередь, все посягательства на эти блага как гражданский деликт и связывает с ними обязанность возмещения причиненного вреда.

Естественность и необходимость подобной защиты была настолько очевидна, что представители старой естественно-правовой школы (Гуго Гроций, Хр. Томазий, Вольф и др.) построили на ней учение о правах лич-

[1] См. Покровский Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права. 1913.

ности[1]. Человек уже в самый момент своего появления приобретает естественное право на защиту этих благ, они составляют его прирожденные права, jura connata, права, вытекающие из самого качества человека как личности. Если мыслители этого направления расходились между собой, то только в перечислении этих прав: одни насчитывали их больше, другие меньше, но самое существование прирожденных прав личности у них не вызывало никаких сомнений. Отголоском этой теории является еще и доныне § 16 Австрийского Уложения, который гласит: «Всякий человек имеет прирожденные, уже самим разумом диктуемые права и вследствие этого должен почитаться как личность» («Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten»).

Крушение естественно-правовой доктрины повлекло за собой падение вместе с прочими ее тезисами и этой теории прирожденных прав личности. Отрицательно настроенная ко всему «прирожденному» и «неотъемлемому», позитивистическая юриспруденция первой половины XIX столетия не находила оснований для конструирования в случаях этого рода каких-либо особых субъективных прав, прав личности. Все, что мы здесь имеем, является, по ее мнению, не чем другим, как лишь рефлексом объективной нормы: закон охраняет жизнь, телесную неприкосновенность, свободу или честь граждан, но никаких субъективных гражданских прав на жизнь, свободу и т. д. нет, и самая конструкция этих прав является искусственной. Субъективное гражданское право частного лица возникает только с момента нарушения запрета закона и имеет тогда своим содержанием лишь возмещение понесенных убытков.

Под влиянием подобного «реалистического» учения идея субъективных прав личности сошла с юридической сцены. Но ненадолго. И здесь сама жизнь заставила скоро снова вспомнить о ней.

Если по отношению к жизни, телесной неприкосновенности или свободе вопрос о субъективном гражданском праве ввиду широкой охраны этих благ со стороны уголовного закона имеет чисто теоретическое значение, то в целом ряде других, более тонких личных интересов он приобретает значение непосредственно практическое. Чем более усложняется жизнь и чем чутче делается личность, тем труднее становится удержаться на точке зрения «рефлекса объективной нормы». Один за другим развертываются самые несомненные интересы человеческой личности, настойчиво требуя своего признания и защиты, и в конце XIX столетия юриспруденция и законодательство снова заговорили о правах личности, о «Persönlichkeitsrechte».

[1] См. об этом статьи E. Adler'a («Die Persönlichkeitsrechte im allg. bürg. Gesetzbuch») и J. Mauczk'a («Die Anvendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die angeborene Rechte») в «Festschrift zum Jahrhundertfeier des allg. bürg. Gesetzbuchs». 1911. Bd. II.

Наиболее ярко и наглядно процесс этого возрождения идеи прав личности обрисовывается в вопросе о праве на имя. Имя является обозначением личности; оно отличает человека от других и связывает с собой всю совокупность представлений о внешних и внутренних качествах его носителя. Естественно поэтому, что рост личности, рост индивидуального самосознания неизбежно должен привести к возрастанию той ценности, которая приписывается имени как таковому. Чем богаче внутреннее содержание личности, тем более дорожит она своим именем, и тем нежелательнее для нее какое-нибудь злоупотребление или смешение. Всем известно, как дорожат своим именем старые аристократические фамилии; но то, что раньше было только достоянием аристократии, с течением времени делается общей тенденцией человека, вырастающего в сознании своего собственного достоинства. И право не может остаться глухим к этой тенденции: в своих новейших кодификациях оно санкционирует дотоле неизвестное право на имя.

Нужно, однако, отметить, что первым толчком в этом направлении послужили имущественные интересы, связанные с именем. Прообразом и предшественником общего права на имя явилось право торговца на фирму. С фирмой связывалась известная репутация торговца или торгового дома в деловом мире – репутация, которая нередко уже сама по себе представляет высокую ценность. Пользование фирмой лицом посторонним способно, конечно, причинить вред (отвлечь клиентов, подорвать кредит и т. д.), и право должно было взять на себя защиту от всяких злоупотреблений в этом отношении. Так возникло право на фирму, т. е. на торговое имя лица.

Но мало-помалу из-за имущественных интересов начинают проглядывать интересы неимущественные. Уже для торговой фирмы важна не только имущественная сторона, важна самая репутация со стороны ее честности и добросовестности. Не менее важна эта репутация и для людей неторговых. Между тем объективные нормы уголовного закона карают злоупотребление чужим именем только при особых условиях, а гражданский иск из деликта о возмещении вреда часто невозможен, с одной стороны, вследствие того, что имущественного вреда нет, а, с другой стороны, потому, что ответственность за вред предполагает по общему правилу вину делинквента. Недостаточность такого положения вещей делалась все более и более очевидной; чувствовалась необходимость предоставить заинтересованному лицу возможность добиваться судебным порядком простого признания своего права на имя и запрещения другим пользоваться этим именем[1]. А это предполагало возведение права на имя на степень самостоятельного субъективного гражданского права, и притом права, не приобретаемого тем или другим специальным ак-

[1] Ср. Protokolle der Kommission für zweite Lesung des Entwurfs des Bürg. Gesetzbuchs. I, стр. 45.

том, а связанного с самым бытием человеческой личности, – другими словами, одного из прав самой личности – «Persönlichkeitsrechte».

Уже в судебной практике XIX столетия указанная потребность стала находить себе частичное удовлетворение, но первый решительный шаг в этом направлении сделало новое Германское Уложение, признавшее в своем § 12 общее право на имя и дающее каждому лицу судебную возможность требовать устранения незакономерного пользования его именем. Примеру Германского Уложения последовало Уложение Швейцарское (ст. 29), а также наш русский проект Гражданского Уложения (ст. 4), и таким образом право на имя стало бесспорным достоянием новейшего гражданского права.

Но интересы, связанные с именем, были далеко не единственными в этом роде. Недостаточность теории «объективных норм» обнаруживалась в не меньшей степени, например, и в области охраны интересов ч е с т и . Уголовное преследование нарушителя чужой чести находится также в зависимости от различных специальных условий, вследствие чего потерпевший далеко не всегда может добиться в этом порядке восстановления своего доброго имени. Так например, уголовное наказание за клевету может отпасть вследствие того, что истек срок уголовной давности, что оклеветавший был добросовестно убежден в истинности сообщений, что он закрыт своей должностной безответственностью (как лицо официальное, как член парламента и т. д.). Между тем всякое подобное оправдание способно возбудить мысль о том, что клеветнический слух соответствует истине, и тем поставить оклеветанного в самое невыносимое положение[1]. Очевидно и здесь необходимо дать потерпевшему средство для восстановления своей репутации, дать иск о признании распускаемых слухов неверными; но также очевидно, что и здесь мы имеем дело с некоторым особым правом, вытекающим из самой идеи личности.

Не менее ощутительна такая же потребность в охране разнообразных интимных сторон человеческого существования от вторжения в них лиц посторонних. Многое в жизни человека составляет область, не предназначенную для постороннего глаза, и потому всякое непрошенное вторжение в нее может причинять весьма серьезные страдания. Так например, весьма существенные личные интересы связаны с перепиской и письмами: опубликование вашего письма получателем или продажа его в качестве автограммы, прочтение или разглашение его содержания третьим, на то неуправомоченным лицом и т. д., – все это может далеко выходить за пределы ваших намерений и причи-

[1] Ср. цит. статья A d l e r 'a, стр. 253–254. – П о к р о в с к и й . Право на честь – в «Вестнике гражданского права». 1916, кн. 4.

нить вам немало неприятностей. К аналогичным последствиям может привести далее, при известных условиях, и некоторое распоряжение вашим изображением: фотографическая карточка какой-нибудь дамы оказывается выставленной в витрине магазина в ряду карточек различных особ сомнительной репутации. К тому же ряду явлений принадлежат случаи, когда кто-либо без вашего разрешения распространяет или показывает фотографию вашего кабинета или будуара, когда актер при изображении какой-либо роли копирует вас в своей гримировке, когда писатель описывает вашу интимную жизнь в каком-нибудь романе, хотя и не называя вашего имени, но так, что всякий, более или менее посвященный, вас узнает, и т. д., и т. д. Чуткость современной личности не может мириться со всеми подобными посягательствами, и действительно, чем далее, тем более в юриспруденции начинают говорить об особых правах на тайну писем, на собственное изображение и т. д., или более общо – о правах на охранение интимной сферы («Das Recht auf die eigene Geheimsphäre») или на утверждение индивидуальности («Das Recht auf Behauptung der Individualitat)[1].

За юриспруденцией начинает следовать и законодательство. В эпоху подготовки Германского Уложения вопрос о правах личности еще не был настойчиво поставлен, и потому, кроме вышеуказанного права на имя, они не нашли себе в этом кодексе надлежащего выражения. Честь первого принципиального признания их, и притом во всем объеме, принадлежит Уложению Швейцарскому Статья 28 этого кодекса гласит: «Тот, чьи личные отношения будут неправомерно нарушены, может предъявить иск об устранении нарушения. Сверх того, в случаях, законом предусмотренных, он может требовать возмещения убытков или известной денежной суммы в виде удовлетворения» («Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen. – Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig»). Как явствует из самого надписания отдела, в котором находится эта статья, под скромным названием «личные отношения» имеется в виду не что иное, как именно защита личности («Schutz der Persönlichkeit») во всей совокупности ее законных индивидуальных интересов. Как ни скромно это название, во всяком случае появление такого общего положения в новейшем из кодексов представляет крупнейший принципиальный шаг вперед. Мы снова возвращаемся к идеям старого естественного права, хотя и в их несколько ином, более конкретном, но зато и более жизненном виде. В «правах личности» встает

[1] См. Adler, цит. статья.

перед нами совершенно новая категория особых абсолютных прав, связанных с самой человеческой личностью, неотчуждаемых и непередаваемых и потому в этом смысле «прирожденных». Интуиция естественно-правовой школы и здесь, как и во многих других случаях, блестяще оправдалась: она задолго предугадала необходимый процесс исторического развития.

Нельзя не отметить, конечно, что многое в этих правах личности до сих пор еще остается невыясненным; даже среди самих защитников этих прав по ряду существенных пунктов имеются разногласия. Но все это совершенно естественно: надо помнить, что в этих правах перед юриспруденцией открылась новая, обширная и совершенно неисследованная область; понятно поэтому, что на первых порах она может представляться нам только в самых общих и туманных очертаниях. Дальнейшая разработка внесет сюда большую ясность и определенность, но уже теперь имеет огромное значение самое признание этих прав. В этом признании нельзя не видеть крупнейшего завоевания личности, и прав K o h l e r , когда он говорит, что из всех новых идей в области правоведения едва ли есть более важная, чем идея прав личности[1].

В тесной принципиальной связи с охраной «личных отношений» находится и вопрос о значении договоров, непредусмотренных в законе, иными словами – д о г о в о р о в н е т и п и ч н ы х .

При помощи договоров люди могут регулировать свои отношения к другим лицам и таким образом удовлетворять свои разнообразные личные потребности. В обществе со слабой дифференциацией индивидуальностей потребности людей более или менее одинаковы, т и п и ч н ы , а вследствие этого и право считается только с этими однообразными, типичными потребностями, санкционируя те формы, в которых они могут получить свое удовлетворение, и игнорируя все то, что от этого обычного, среднего типа отклоняется. Даже римское право, несмотря на всю свою утонченность, признавало юридически действительными только такие договоры, которые могли быть подведены под тот или иной тип, предусмотренный или регулированный законом (contractus). Всякие же другие соглашения, следовательно, соглашения нетипичные (pacta), хотя бы они не противоречили ни закону, ни добрым нравам, в принципе юридической силы не имели, были «г о л ы м и » соглашениями, nuda pacta. Правда, римская система признанных, типичных договоров была так широка, что в ней могли найти себе удовлетворение самые разнообразные потребности, тем не менее принципиально римское право было построено не на признании договора как такового, а на признании лишь известных типов его.

[1] K o h l e r . Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart. 1914, стр. 28.

В противоположность этому доктрина естественного права провозгласила общий принцип – p a c t a s u n t s e r v a n d a: всякое соглашение (если оно, разумеется, не противоречит закону или нравственности) должно быть священно. Обязанность исполнять данные обещания вытекает не из признания или непризнания их государством, а из общего требования естественного права; вследствие этого эта обязанность не зависит от ее содержания, от типичности или оригинальности этого последнего.

Под влиянием этой естественно-правовой доктрины в современном гражданском праве твердо установилось начало, что всякий договор имеет юридическую силу, хотя бы его содержание не подходило ни под один известный закону тип (купля-продажа, наем, заем и т. д.). Правда, иногда слышатся еще голоса в пользу старого воззрения, бессознательно проникнутого духом опеки над гражданами, но голоса эти уже никакого практического значения не имеют. Общим лейтмотивом всех современных законодательств могут служить слова германской комиссии: «Надо предоставить гражданам право заключать даже договоры необычного содержания»[1].

А это начало обозначает собой новое признание права живой конкретной индивидуальности на охрану ее особенных личных интересов, на охрану ее самобытности. Пусть те или другие интересы данной конкретной личности с точки зрения окружающей ее социальной среды будут казаться странными, они тем не менее заслуживают защиты закона. Этот последний берет под свою охрану не только типичное или шаблонное, но и оригинальное, и в этом отношении указанное правило представляет новое звено в ряду мер, направленных к охране личности как таковой.

Ниже мы будем встречаться с целым рядом других явлений того же рода; здесь же мы остановимся еще только на одном: признание конкретной человеческой личности пробивается и в нормах о н е д е й с т в и т е л ь н о с т и с д е л о к, з а к л ю ч е н н ы х п о д в л и я н и е м о б м а н а и л и у г р о з ы.

Юридическая сделка может быть заключена под влиянием какой-нибудь ошибки, под влиянием обмана со стороны другого контрагента или, наконец, под давлением угрозы. Спрашивается, может ли подобная сделка быть признана действительной?

Древнейшее право, проникнутое всецело духом формализма, отвечало на этот вопрос утвердительно: принявший на себя обязанность должен ее выполнить. Это было его дело заблаговременно, до заключения сделки, во всем тщательно осмотреться, чтобы не ошибиться или не быть обманутым;

---

[1] Protokolle. Bd. I, стр. 281. См. П о к р о в с к и й Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права. 1913.

если он этого не сделал, он должен пенять на себя. Это было его дело противиться угрозе; если он не противился и предпочел откупиться от нее договорным обещанием, он должен теперь это обещание исполнить.

С течением времени, однако, формализм ослабляется, и право начинает обращать большее внимание на внутреннюю сущность юридического акта, на подлинную в о л ю контрагента. Там, где есть форма договора, но нет истинной воли обязаться, есть только видимость договора, но нет его подлинной сущности. Вследствие этого право начинает при указанных пороках воли давать возможность оспаривать подобные порочные сделки, требовать признания их недействительными.

Но тогда, естественно, возникает вопрос: всякая ли ошибка, всякий ли обман, всякое ли принуждение могут послужить основанием для ниспровержения сделки? Можно ли допустить расторжение договора о покупке огромного имения на том только основании, что данное имение лежит не на расстоянии 19 верст от железной дороги, как думал покупатель, а на расстоянии 30? Можно ли требовать разрушения обязательства на том основании, что кредитор вынудил должника к подписанию его угрозой уколоть булавкой? и т. д.

В ответ на все эти вопросы возникли детальные учения об ошибке, обмане, угрозе. Однако внутри этих учений с течением времени замечается некоторая смена тенденций. Мы остановимся на них здесь лишь настолько, насколько они связаны с непосредственно интересующим нас вопросом.

Ввиду того, что всякое разрушение сделки, уже заключенной, вызывает известное потрясение в сфере делового оборота, естественным кажется желание ограничить это потрясение только теми случаями, когда оно, по нашим представлениям о справедливости, абсолютно неизбежно. Вследствие этого было создано учение о с у щ е с т в е н н о с т и ошибки, обмана, угрозы: разрушение сделки возможно только тогда, если ошибка или обман касались не второстепенных, а существенных элементов договора, если принуждение было настолько существенным, что могло действительно оказать давление на волю.

Но где найти критерий существенности? То, что кажется существенным для одних, может не иметь никакого значения для других; то, что неважно для всех, в силу особенностей моей натуры или личных условий моей жизни может иметь огромное значение для меня. Какой же из этих двух возможных критериев выбрать? Выбрать ли критерий о б ъ е к т и в н ы й (то, что считается существенным по воззрениям данной среды, оборота) или же с у б ъ е к т и в н ы й (то, что важно для данного конкретного человека)? Вот именно в этом вопросе и замечаются любопытные для нас течения.

При наличности о ш и б к и другому контрагенту ничто не может быть поставлено в упрек: я ошибся, но вы в моей ошибке неповинны. Вследствие этого понятно, что для разрешения конфликта между ними естественно выбрать масштаб о б ъ е к т и в н ы й, т. е. допускать разрушение сделки только в том случае, если ошибка касалась пунктов существенных, с точки зрения общих понятий данной среды, а не субъективных взглядов конкретного контрагента. Так например, нанимая дом, я не знал, что он значится под № 13; пусть для меня, человека суеверного, это обстоятельство имеет огромное значение – знай я об этом заранее, я ни за что не нанял бы дома, – тем не менее расторжение сделки на основании такой ошибки не допускается, так как, по объективным воззрениям делового оборота, номер дома не имеет никакого значения.

Напротив, в случае обмана или принуждения приведенное выше соображение о невиновности контрагента отпадает, вследствие чего здесь замечается тенденция к применению масштаба с у б ъ е к т и в н о г о

Что касается, в частности, о б м а н а, то в настоящее время является, по-видимому, общепризнанным то положение, что обманутый может требовать расторжения сделки даже тогда, если обман касался пункта существенного только с его личной точки зрения. Таким образом, если в приведенном выше примере на мой прямой вопрос при найме дома, не значится ли он под № 13, собственник ответит умышленно отрицательно, я могу потребовать расторжения договора, несмотря на всю объективную неосновательность моего суеверия. Основательны ли или неосновательны мои взгляды и вкусы, это уже не имеет значения; каковы бы они ни были, я имею право обеспечивать их в договоре.

Подобный же переход к субъективному масштабу намечается, хотя пока и не столь определенно, и в законодательных нормах об у г р о з е.

Едва только отступившее от начал примитивного формализма римское право, признав возможность расторжения сделки, заключенной под влиянием угрозы, требовало, однако, чтобы эта угроза была серьезной – такой, которая могла бы подействовать и на человека неробкого. Не требовалось, чтобы человек был героически храбр, но нужно было, чтобы он не был и чрезмерно труслив. Другими словами, римское право предполагало некоторого среднего, типичного человека как о б ъ е к т и в н ы й критерий для решения вопроса о серьезности или несерьезности угрозы.

Это римское представление перешло в право новых народов и до настоящего времени является господствующим. Даже новый швейцарский закон об обязательствах (30 марта 1911 г.), руководствуясь тем же мысленным объективным критерием, стремится дать легальное определение «основательной» угрозы, достаточно серьезной для того, чтобы она могла оказать

давление на человека нетрусливого (ст. 29 и 30). Равным образом и наш внесенный в Государственную Думу законопроект об обязательствах в ст. 28 говорит: «Изъявление воли признается последовавшим под влиянием принуждения, когда оно вынуждено насилием, лишением свободы, истязанием по отношению к заключившему сделку или к кому-либо из его близких, или возбуждением основательного страха угрозою нанести им личный или имущественный вред».

Однако рядом с этим старым римским воззрением пробивается другое. Новое Германское Уложение (§ 123) уже говорит об угрозе просто, без всяких определений и ограничений: достаточно только доказать, что лицо было действительно угрозой подавлено; какова же была эта угроза – безразлично. Такой постановкой вопроса Германское Уложение перешло от масштаба объективного к субъективному и поступило, конечно, совершенно правильно.

В другом месте[1] мы говорили подробнее о том, насколько антисоциально применение здесь объективного масштаба и к каким вопиющим последствиям оно способно приводить. При известных условиях личной жизни самая пустая, с объективной точки зрения, угроза – вроде угрозы перестать кланяться или петь под окнами похоронные песни – может оказаться достаточно сильной, чтобы вынудить то или другое обещание. Пусть люди, испугавшиеся этой угрозы, люди больные или слабонервные, но эта их слабость не может быть признана в культурном законодательстве достаточным социальным основанием для обогащения других. В противном случае мы узаконим самую беззастенчивую эксплуатацию этих несчастных людей со стороны всех тех, кто имел возможность узнать их слабость и кто возымел намерение на ней играть. Быть может, с точки зрения тех, которые идут за Ницше, подобная защита слабых будет лишь проявлением «морали рабов», но, думается, право поступит лучше, если словами Евангелия этой морали скажет: «Прийдите ко мне все истомленные и обремененные, и я успокою вас».

Уже приведенных иллюстраций достаточно для того, чтобы мы могли наглядно убедиться в несомненной и характерной тенденции всякого прогрессирующего гражданского права: личность как таковая, личность во всей совокупности ее конкретных особенностей получает себе все большее и большее признание. Перед лицом современного правосознания общество не стадо однородных человеческих особей, величин заменимых, а союз самоценных личностей, имеющих право на индивидуальность. Пусть даже эта индивидуальность значительно отклоняется от среднего типа;

[1] [Покровский] Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права, стр. 16 и сл.

если только она не вредит другим, она заслуживает охраны закона. Пусть эта индивидуальность кажется нам порой странностью, чудачеством, нужды нет: мы должны даже за чудаком признать право на существование. Этого требует растущее уважение к человеческой личности, этого требует развивающееся нравственное сознание.

VIII. ПРОБЛЕМА НЕМАТЕРИАЛЬНЫХ ИНТЕРЕСОВ

Выше было сказано, что содержание гражданского права находится в прямой и непосредственной зависимости от содержания человеческих интересов и что вследствие этого гражданское право должно неизбежно расти вместе с ростом человеческой личности.

Но рост личности начинается с внешнего, материального. Поэтому первыми областями, в которых за личностью признаются субъективные права, являются области отношений имущественных и семейных, причем эти последние, семейные, отношения в примитивном быту рассматривались также под углом зрения интересов материальных (физиологических и экономических). Все то, что выходило за пределы этих материальных отношений, еще мало интересовало личность, а вследствие этого не находило себе отражения и в гражданском праве.

Мало-помалу, однако, индивид начинает ценить и нематериальные, духовные, блага, и право начинает давать им охрану – сначала частичную, слабую и бессистемную, а потом все полнее и полнее.

Мы не можем входить здесь в детальное изложение постепенного роста гражданского права с этой стороны; укажем только на то, что даже в римском праве, этом столь культурном и развитом праве, духовная сторона человеческой личности нашла себе только очень слабое и поверхностное отображение. Это может быть объяснено тем, что римское право, развивавшееся главным образом в интересах торгового оборота, получило отпечаток торгового, коммерческого духа. Вследствие этого праву новых народов пришлось самому пробивать дорогу. И оно, действительно, начало работу в разных местах, создавая различные отдельные институты, которые, казалось, сначала ничего общего между собой не имеют, но которые, как мы можем видеть теперь, сливаются в одно общее непрерывное течение, имеющее своей целью охрану духовных, нематериальных, интересов человека. Уже рассмотренная выше охрана «прав личности» проникнута этой тенденцией; укажем на некоторые другие важнейшие явления этого рода.

Рядом с материальной, экономической деятельностью во всяком культурном обществе развивается д е я т е л ь н о с т ь д у х о в н а я, имеющая своей целью создание нематериальных, духовных, благ. Многие из продуктов этой духовной деятельности получают общественное признание, а вследствие этого делаются объективными, общественными благами и даже приобретают известную экономическую, материальную ценность. Таково, например, л и т е р а т у р н о е п р о и з в е д е н и е, к а р т и н а х у д о ж н и к а, н а у ч н о е и л и т е х н и ч е с к о е о т к р ы т и е

Не только в правовых системах примитивных народов, но даже еще в праве римском духовная деятельность подобного рода не давала никаких субъективных прав на ее продукты их авторам и не пользовалась никакой правовой защитой. Всякий мог опубликовать или воспроизвести без согласия автора его произведение, осуществить его техническое изобретение. Насколько мало ценилась в римском праве духовная деятельность сама по себе, видно уже из того, что в классическую эпоху, например, поэма, написанная на чужом писчем материале, или картина, нарисованная на чужой доске, принадлежали не поэту или художнику, а собственнику писчего материала или доски. Правда, для Юстиниана такая норма показалась уже конфузной и была отменена, но тем не менее о каких бы то ни было авторских правах и в Юстиниановском Своде нет речи.

С таким положением вещей не могло, конечно, мириться дальнейшее развитие духовной деятельности в новом мире, и право начинает постепенно работу по созданию так хорошо нам в настоящее время известных *авторских прав* в широком смысле слова. При этом любопытно отметить, что и здесь (как в праве на имя) прежде всего получает себе признание *имущественная сторона* этих прав. Так например, так называемое право литературной собственности впервые появляется не в виде права автора, а в виде права издателя произведения. С изобретением книгопечатания издание сочинений стало обыкновенным коммерческим предприятием, нуждающимся в защите своих имущественных интересов. Ввиду этого издатели стали испрашивать себе у правительства особые *привилегии*, запрещавшие перепечатку. Позже привилегии стали даваться на имя авторов, но правовая охрана все еще имеет своей исключительной целью обеспечение имущественных интересов этих последних. Духовная деятельность получила себе признание, но пока лишь постольку, поскольку она является источником материальных благ.

Дальнейшее развитие авторских прав идет в следующих двух направлениях. С одной стороны, на место сепаратных привилегий, создававших права лишь для отдельных авторов, мало-помалу появляются *общие законы об авторском праве*, превращающие охрану этих прав в общую норму. С другой стороны, рядом со стороной имущественной начинает получать себе признание и сторона неимущественная, которая в литературном или художественном творчестве играет, без сомнения, большую роль, и которая в этом отношении тесно сближает авторские права с упомянутыми выше «правами личности». Мы не будем здесь вдаваться в чрезвычайно спорный вопрос о юридической природе авторских прав, но во всяком случае не подлежит отрицанию то обстоятельство, что появление их в истории гра-

жданского права представляет огромный шаг вперед в деле охраны духовной стороны человеческой личности и человеческой деятельности.

Решительным моментом в деле выработки авторского права является французский закон революционной эпохи (1793 г.), он послужил затем базисом для дальнейшего развития в XIX столетии во всей Европе. В течение этого столетия по образцу прав на литературные произведения получили себе признание авторские права на произведения художественные, музыкальные и т. д. Область охраняемых прав все более и более расширяется, и чувствуется, что гражданское право здесь еще находится в поре созидания.

Аналогичный процесс развития прошли и так называемые исключительные права промышленного характера. Основным и передовым типом здесь является право изобретателя, или так называемое патентное право. И здесь развитие началось с сепаратных привилегий, монополий, которыми предоставлялось определенному лицу исключительное право на эксплуатацию известного изобретения. Затем эти привилегии превращаются мало-помалу в общую норму, причем и здесь после некоторых несовершенных законов Англии и Америки решительное значение имел также французский закон времен революции (1791 г.). Но исключительные права этой группы и в настоящее время имеют только имущественный характер. Таковы ли они уже по самой своей природе или же и здесь со временем рядом с имущественной (здесь, конечно, гораздо более сильной) стороной проглянет сторона неимущественная – об этом судить пока трудно.

Возрастающее значение духовной стороны человеческой личности не могло не отразиться и на двух других принципиально важных вопросах гражданского права, которые, впрочем, в современном законодательстве и литературе трактуются не вполне одинаково, хотя и имеют между собой бесспорную связь.

Первый из них заключается в вопросе о юридической силе обязательств на действия неимущественные. Могу ли я путем договора с соседом обеспечить себя от беспокоящей меня игры на рояле? Могу ли я обязать кого-нибудь написать о моем сочинении рецензию? Можно ли подобные обязательства признавать юридически действительными?

Римское право и в этом вопросе проявило тенденцию отрицательную: в сфере обыкновенного гражданского права (иначе в области административного imperium) в виде общего принципа оно провозглашало правило: только то может быть предметом обязательства, что может быть выплачено деньгами («ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt»).

Под влиянием этого римского правила и позднейшая юриспруденция вплоть до сравнительно недавнего времени считала, что действия неимущественного характера не могут быть предметом юридически действительного обязательства. Многие из весьма видных юристов держатся этого мнения и до сих пор. Однако в новейшее время рядом с этим мнением выступило другое (одним из инициаторов его является И е р и н г), которое отвергает основательность такого сужения обязательственной сферы и требует признания и за неимущественными обязательствами юридической силы. Вследствие этого в настоящее время в нашем вопросе стоят друг против друга два радикально противоположные воззрения; спор между ними далеко еще не кончен, но, по-видимому, второе воззрение чем далее, тем более одерживает верх.

И действительно, даже беглый пересмотр основных аргументов противников обязательств на действия неимущественные обнаруживает их полную несостоятельность.

Одним из первых в ряду этих аргументов является утверждение, что гражданское право есть принципиально право имущественных отношений. Но мы уже видели, что это утверждение есть совершенно неправильное petitio principii*: даже в пределах старого гражданского права мы находим области неимущественного характера – прежде всего область личных семейных отношений. Тем более неосновательно это утверждение для современного гражданского права с его неимущественным правом на имя и другими разнообразными «правами личности».

Но и помимо этого указанное воззрение обречено на безысходное противоречие. Представим себе, что обязательство на действие неимущественное (например, не играть на рояле в соседней квартире) будет в договоре обеспечено неустойкой. Едва ли кто из представителей этого воззрения пойдет так далеко, что станет отрицать даже возможность взыскания неустойки. Между тем договор о неустойке признается обыкновенно лишь соглашением дополнительным, действительным лишь тогда, если действительно соглашение главное. Если же договор о неустойке нельзя не признать действительным, то, очевидно, нельзя не признать действительным и соглашение главное.

Сказанное, однако, имеет силу не только для того случая, когда подобный договор обеспечен неустойкой. Представим себе, что неустойки назначено не было, но вследствие неисполнения договора для контрагента возникли какие-нибудь имущественные убытки, например, в приведенном примере вследствие игры на рояле вопреки нашему договору я вынужден к перемене квартиры. Имею ли я право предъявить иск о возмещении этих имуществен-

* [«довод, сам нуждающийся в доказывании» – лат.]

ных убытков? Опять-таки едва ли найдутся такие последовательные сторонники рассматриваемого взгляда, которые стали бы отрицать возможность подобного иска. Если же такой иск допустим, то очевидно, что его единственным основанием является договор между сторонами, так как игра на рояле сама по себе никакого правонарушения не составляет.

Конечно, в случаях, только что рассмотренных, дело все же в конце концов сводилось к требованиям имущественным (неустойка, возмещение убытков), и в этих пределах обыкновенно идут на уступку. Но, говорят, за этими пределами, т. е. там, где кончаются имущественные вопросы, гражданскому праву делать нечего: если бы даже право и захотело взять обязательства неимущественные под свою защиту, оно все же сделать этого было бы не в состоянии: содержание их судом вынуждено быть не может, а нематериальные неприятности оценке не подлежат.

Однако и это возражение неубедительно. Прежде всего мы увидим далее, что вопрос о возмещении нематериального вреда современным правом вовсе не решается так отрицательно, как это кажется авторам указанного возражения. Но и помимо этого современное гражданское право знает, кроме взыскания убытков, целый ряд других способов побудить должника к исполнению своей обязанности, например, угроза штрафом, личным арестом и т. д. Наконец, взыскание, штраф и т. п. вовсе не исчерпывают всего значения судебного приговора. Мнение, будто принудительная осуществимость составляет непременный атрибут всякого права, является ошибочным: сила правовой нормы покоится не только на том, что она может быть осуществлена принудительно. В огромном большинстве случаев даже простое признание судом (pronuntiatio) того обстоятельства, что ответчик своей (неимущественной) обязанности не выполнил, имело бы большое практическое значение в смысле побуждения к исполнению таких обязательств. Предоставление истцу права опубликовать этот приговор во всеобщее сведение усилило бы это практическое значение во много раз. Известно ведь, что и имущественные обязательства очень часто исполняются не потому, что должник боится судебного пристава, а потому, что он боится утратить свою деловую репутацию. Поэтому, если бы даже денежное вознаграждение за нематериальный вред или применение ареста и штрафа было признано нежелательным, все же нет причин закрывать для подобных обязательств двери суда и отказывать им в авторитетном судебном признании. Пусть такое простое судебное признание и провозглашение не всегда, не для всех лиц будет иметь практическое значение, все же во многих случаях оно будет иметь это значение, и выбрасывать за борт эти многие случаи нет решительно никаких оснований. Пусть подобная судебная защита будет несовершенной, но лучше защита несовершенная, чем никакая.

Но, говорят далее, общее признание юридической силы за обязательствами на действия неимущественные привело бы к необъятному расширению гражданского права, к распространению его на такие случаи, которые по самой природе своей противятся юридической регламентации. Перед судом потянулись бы иски об обязательстве не курить, об обещании протанцевать на балу вальс и т. д. Судебное разбирательство стало бы часто превращаться в увеселительный спектакль, совершенно недостойный для правосудия.

Однако и это возражение покоится на очевидном недоразумении. Первым условием для юридической силы всякого – даже имущественного – договора является наличность у договаривающихся воли придать своему соглашению юридический характер (animus obligandi); ведь сплошь и рядом даже обещания имущественного характера даются без намерения связать себя юридически (например, брат обещает поддержку брату при устройстве его имущественных дел и т. д.). Во всех тех случаях, где никакого юридического намерения нет, разумеется, ни о каком обязательстве, ни о каком иске не может быть речи. В огромном же большинстве случаев из тех, которыми хотят запугать нас авторы приведенного возражения (обещание не курить, протанцевать вальс и т. д.), именно этого непременного условия, намерения обязаться ю р и д и ч е с к и , не будет, вследствие чего вопрос об обещаниях этого рода сам собой отпадает. Есть ли налицо такой animus obligandi или нет, это вопрос факта, разрешить который для судьи будет несколько труднее, чем целый ряд других фактических вопросов, с которыми ему приходится иметь дело ежедневно. Вопрос, таким образом, возбуждают только те случаи, где наличность animus obligandi установлена: стороны, заключая свой договор, имели определенное намерение придать ему ю р и д и ч е с к у ю силу; они сами стучатся в дверь гражданского правосудия, и на каком основании мы можем их оттолкнуть? Будем ли мы бояться возможностью «увеселительных спектаклей» унизить достоинство Фемиды? Но, во-первых, «увеселительные спектакли» нередки и при разборе имущественных дел, а, во-вторых, гораздо более надо бояться другого: как бы нам за возможным смехом не проглядеть подлинных, реальных слез, часто связанных с нарушением неимущественных интересов...

Пренебрежение к духовным интересам является лишь психологическим отголоском старого времени. Рост духовной стороны человеческой личности требует для этих интересов такого же признания, каким пользуются интересы имущественные. Совершенно правильно подметила это германская комиссия, пересматривавшая проект Уложения. «У высококультурного народа, – читаем мы в ее протоколах[1], – обязательство имеет своей задачей обеспечи-

[1] Protokolle. Bd. I, стр. 281.

вать не только материальные блага, но и блага идеальные, значение и ценность которых растут вместе с ростом культуры».

Однако старое воззрение, вынужденное отступать перед натиском этой культурной потребности, пытается задержаться на некоторой средней позиции. Признавая необходимость допущения обязательств на действия неимущественные, многие из представителей науки современного гражданского права требуют, однако, для такого допущения наличности «серьезного», «достойного охраны», интереса («schutzwürdiges Interesse»). Недостаточно того, что стороны сами настолько ценили свой интерес, что облекли его в форму юридического договора; необходима проверка суда с точки зрения объективной «общезначимости» этого интереса. Духовный интерес, который имеет уже общее значение в данной среде, должен получить юридическую защиту; то же, что имеет характер чисто личного, субъективного пристрастия данного лица, охране права подлежать не может. Так например, договор о том, чтобы сосед не играл по ночам на рояле, может рассчитывать, с этой точки зрения, на свое признание перед судом, так как духовное благо ночного спокойствия есть в настоящее время уже объективное, общепризнаваемое благо. Иное дело договор, которым лицо выговаривает только, чтобы сосед не играл какой-либо одной пьесы, слышать которую оно, по своим личным воспоминаниям, не может; вопрос о признании такого договора уже может быть сомнительным, так как охраняемое им благо имеет только личный, чисто субъективный интерес.

Но и это среднее мнение должно быть решительно отвергнуто. Мы знаем уже, что новейшее развитие правосознания движется не только по пути признания прав личности вообще, но и по пути признания прав конкретной человеческой личности. Совершенно справедливо и на этот вопрос отвечала германская комиссия: «Достоин охраны всякий интерес, который не нарушит границ закона или индивидуальной свободы. Нет надобности в иных границах, кроме той, которая требует, чтобы обязательство не противоречило закону или добрым нравам»[1].

С аналогичной борьбой воззрений мы встречаемся и в другом вопросе, связанном с духовными, нематериальными, интересами, – именно в вопросе о возмещении так называемого морального вреда. Мы видели, что этот вопрос сплетается с только что рассмотренным вопросом о значении обязательств на действия неимущественные, хотя отнюдь с ним не совпадает. Неисполнение договора даже имущественного содержания может причинить контрагенту, кроме материального вреда, еще нематериальные неприятности; любое обыкновенное правонарушение (деликт) может быть

[1] Protokolle, I. cit.

источником глубоких нравственных потрясений для того, против кого оно было совершено. Хозяин гостиницы не предоставил вам обещанного по телеграфу номера, вследствие чего вам, быть может, с семьей, пришлось провести ночь на улице. Какой-либо злоумышленник украл у вас материалы для подготовлявшегося вами сочинения или уничтожил последнюю фотографическую карточку вашей покойной матери и т. д., и т. д. И вот перед правом возникает трудный вопрос, можно ли во всех подобных случаях игнорировать нематериальный вред этого рода, ограничиваясь исключительно стороной имущественной.

Римское право и здесь принципиально держалось этой второй точки зрения, допуская некоторое вознаграждение за нематериальный вред лишь в отдельных исключительных случаях (например, при исках об обиде – actio injuriarum). Эту римскую точку зрения усвоила себе и юриспруденция новых народов. Еще в настоящее время весьма распространено учение о том, что возмещение нематериального вреда не может входить в задачи гражданского права: этот вред, во-первых, не может быть оценен на деньги, а, во-вторых, если бы даже такая оценка была каким-нибудь образом возможна, она была бы нежелательна, так как она унижала бы те самые духовные блага, которые желают возвысить и охранить.

Однако и здесь в XIX веке рядом с этим воззрением возникло другое, которое считает гражданское право принципиально обязанным взять эти попираемые нематериальные интересы под свою защиту. Прежде всего это воззрение зародилось в практической юриспруденции, именно в практике судов французских и английских, которые стали широко давать денежное удовлетворение за моральный вред. За практикой мало-помалу пошла и теория, а затем это воззрение перекинулось и в другие страны. В частности, в Германии горячими защитниками его явились такие авторитеты, как И е р и н г или Г и р к е. Настроение в пользу возмещения нематериального вреда стало расти и, несмотря на столь же горячую оппозицию, в значительной степени нашло себе отражение в новейших кодификациях.

Правда, все они в п р и н ц и п е продолжают стоять на точке зрения невозмещения морального вреда (§ 253 Германского Уложения: «Wegen eines Schadens, der nicht Vermögenschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden»*; ст. 28 Швейцарского Уложения: «Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als

* [«За вред, который не является имущественным, возмещение в деньгах можно потребовать только в случаях, установленных законом» – нем.]

Genugtuung ist nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig»*); тем не менее все они делают из этого принципа далеко идущие исключения.

Так, согласно Германскому Уложению (§ 847), в случае телесного повреждения, повреждения здоровья, лишения свободы или нарушения женской чести гражданский суд может назначить некоторое «справедливое вознаграждение» и за нематериальный вред. Далее, предоставляя суду право понижения назначенной в договоре неустойки, если она покажется чрезмерной, Германское Уложение предписывает, однако, суду в таком случае принимать во внимание и нематериальные интересы того, кто эту неустойку выговорил (§ 343). Наконец, сверх того, германский уголовный закон при целом ряде преступлений (клевета, нарушение авторского права и т. д.) предоставляет суду право назначить, сверх уголовного наказания, еще и частный штраф (так называемый Busse) в пользу потерпевшего в виде его удовлетворения.

Швейцарский закон об обязательствах 1911 г. идет еще дальше. Установив в ст. 47, что в случае убийства или телесного повреждения суд может возложить на преступника обязанность уплатить некоторую соответственную сумму потерпевшему или его ближним в виде удовлетворения, он затем в ст. 49 дает для всех других правонарушений следующее общее правило: «Кто окажется потерпевшим в своих личных отношениях («wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird»), может при наличности вины правонарушителя требовать возмещения вреда, а там, где это оправдывается тяжестью правонарушения или виновности, может требовать, сверх того, и уплаты денежной суммы в виде удовлетворения». Нужно отметить, впрочем, что приведенное постановление закона 1911 г. является некоторым сужением соответственной статьи (ст. 55) прежнего Швейцарского Уложения об обязательствах (1881 г.): это последнее не знало оговорки «где это оправдывается тяжестью правонарушения или виновности». Тем не менее даже в его нынешнем виде Швейцарское обязательственное Уложение распространяет принцип вознаграждения за нематериальный вред на всю область правонарушений, поскольку они сопровождались повреждением «личных отношений». Что же такое, по терминологии Швейцарского Уложения, эти «личные отношения», мы уже знаем из предыдущего: этим именем обозначается вся совокупность нематериальных интересов каждой конкретной личности. «Нарушение «личных отношений», – говорит один из комментаторов Швейцарского Уложения, – определяется не in abstracto, а в связи с самой личностью потерпевшего»[1].

---

* [«Иск о возмещении ущерба или об уплате денежной суммы в качестве моральной компенсации допускается только в случаях, установленных законом» – нем.]

[1] V. Rossel. Manuel du droit civil suisse. T. III. (комментарий Roussel et Mentha), стр. 84.

Наконец, и наш (внесенный в Государственную Думу) проект обязательственного права идет по тому же пути, хотя и не совсем согласно со своими двумя только что приведенными образцами. Так, прежде всего, по примеру Германского Уложения, он устанавливает возмещение нематериального вреда при некоторых определенных деликтах. Статья 1201 говорит: «В случаях причинения обезображения или иного телесного повреждения, равно как и в случае лишения свободы, суд может назначить потерпевшему денежную сумму по справедливому усмотрению, принимая во внимание, была ли со стороны виновного обнаружена злонамеренность и другие обстоятельства дела, хотя бы потерпевший не понес никаких убытков (нравственный вред)». Статья 1202 присоединяет сюда случаи любодеяния и обольщения. Далее проект заимствует из германского кодекса и положение относительно неустойки: ст. 70 предписывает судье при понижении этой последней «принять в соображение не только имущественные, но и другие справедливые интересы верителя». Сверх того, мы имеем в нашем проекте следующее неизвестное предыдущим кодексам и чрезвычайно любопытное правило. Статья 130 гласит: «Верителю должны быть возмещены убытки, которые непосредственно вытекают из неисполнения должником обязательства и которые могли быть предвидены при заключении договора. Должник, умышленно или по грубой неосторожности не исполнивший обязательства, может быть присужден к возмещению и других, кроме указанных выше, убытков, хотя бы они заключались не в имущественном, а нравственном вреде и не подлежали точной оценке». Как видим, наш проект выходит уже за пределы деликтов и устанавливает возмещение нематериального вреда даже при (умышленном или по грубой неосторожности) неисполнении договоров. Правда, такое общее правило по отношению ко всем договорам при ограничении возмещения нравственного вреда лишь некоторыми деликтами, может повести к курьезным и несправедливым последствиям (например, мастер, не доставивший мне к сроку костюма, будет отвечать за нравственный вред, а вор, укравший тот же костюм, отвечать не будет)[1]; тем не менее подобным расширением ответственности за нематериальный вред на область договоров наш проект далеко обгоняет своих западноевропейских предшественников.

Все эти факты непреложно свидетельствуют о том, что игнорировать нематериальный вред чем далее, тем более делается невозможным. Самые исключения, допущенные новейшими кодификациями из принятого ими общего начала о невозместимости этого вреда, в корень подрывают аргументацию в пользу этого начала.

---

[1] Покровский. Обязательства из деликтов в проекте гражданского уложения.

Нравственный вред не может быть оценен на деньги! Но ведь для указанных в законе отдельных случаев возможность такой оценки признается; почему же она не признается вообще? Мотивы к Германскому Уложению оправдываются тем, что оценка нематериального вреда зависит в высокой степени от судейского усмотрения, и распространить это усмотрение на все случаи значило бы отдать в руки суда опасный «суверенитет» над всей областью спорных отношений[1]. Мотив для Германского Уложения неожиданный: мы знаем уже, что в целом ряде гораздо более сомнительных позиций оно нисколько не останавливалась перед подлинным судебным суверенитетом. Между тем именно здесь ни о каком суверенитете не может быть речи: в вопросе о вознаграждении нематериального вреда дело идет не об установлении такой или иной, в законе не предусмотренной н о р м ы , а об оценке известных ф а к т и ч е с к и х обязательств. Конечно, какая-либо точная оценка нравственного вреда невозможна, но вопрос идет, собственно, не об оценке, а о предоставлении потерпевшему некоторого удовлетворения, некоторой компенсации за перенесенное. Как правильно говорит Г и р к е [2], ввиду того, что деньги являются ключом к целому ряду идеальных благ, уплата потерпевшему известной денежной суммы открывает для него возможность вознаградить себя другими духовными радостями и в этом смысле представляет для него действительный эквивалент потерянного.

Вместе с тем падает и другое возражение – о том, что такой оценкой самые нематериальные блага унижаются. Если они не унижаются при телесном повреждении, лишении свободы или посягательствах на женскую честь, то почему они будут унижены вознаграждением при грабеже, воровстве и всех других деликтах?

Неосновательно, наконец, и то опасение, что установление ответственности за нравственный вред создаст благоприятную почву для разнообразных неблаговидных и даже безнравственных притязаний: муж, например, будет искать возмещения нравственного вреда с любовника своей жены и т. п. Дать отпор всем таким притязаниям – прямая обязанность суда: правило о возмещении нравственного вреда создается, конечно, лишь для тех случаев, когда пострадавший действительно потерпел такой вред, действительно перенес страдания, а не для случаев простой возможности этих последних. Есть ли в данном конкретном случае подлинный нравственный вред или же только спекуляция на получение денежной суммы, разобраться в этом – естественная фактическая задача суда. Во всяком случае опасение подобных единичных неблаговидных притязаний не может служить основанием к тому, чтобы

[1] Motive. II, стр. 22.
[2] Entwurf und das deutsche Recht, стр. 197.

оставить без внимания все подлинные нравственные страдания людей. Без охраны нематериальных благ правовая защита сплошь и рядом окажется простой насмешкой.

Таким образом, ограничение ответственности за нравственный вред только случаями некоторых правонарушений не находит для себя оснований: то, что признано справедливым для одного случая, не может быть несправедливым для других. И то расширение этой ответственности на всю область «личных отношений», которое содержит Швейцарское Уложение, должно быть приветствуемо как значительный шаг вперед.

Но, быть может, возмещение нравственного вреда должно быть ограничено пределами п р а в о н а р у ш е н и й (деликтов)? Быть может, по отношению к обязательствам из д о г о в о р о в право может чувствовать себя от этой задачи свободным? Как мы видели, и Германское, и Швейцарское Уложения в области договоров выдерживают свое отрицательное отношение к нравственному вреду последовательно. Мотивом служит то соображение, что здесь заключающий договор уже заранее может предвидеть возможность нравственного вреда и потому может обеспечить себя установлением на случай неисполнения неустойки. Однако это соображение неубедительно. С одной стороны, далеко не всегда можно при самом заключении договора предусмотреть все те тяжелые положения, в которые может поставить неисправность должника, а, с другой стороны, как справедливо отметил Гирке, это один из тех аргументов, в основе которых лежит предположение, что гражданское право пишется для тертых деловых людей[1]. Ввиду этого принципиальнее и правильнее поступает наш проект об обязательствах, устанавливая общую обязанность возмещения нравственного вреда при неисполнении договоров. Сомнительным только является принятое им ограничение этой ответственности случаями умысла или грубой небрежности.

Во всяком случае, как видим, принципиальные предрассудки в нашем вопросе уже сломлены, и старое воззрение сдает одну позицию за другой. Чем более развивается человечество, чем более начинает оно жить разносторонними нематериальными интересами, тем более праву приходится брать их под свою защиту, и, в частности, гражданское право не может уклониться от участия в этой защите. Пусть гражданско-правовая защита будет неполной и несовершенной, но, повторяем, лучше такая защита, чем ничто. Даже несовершенная защита содержит напоминание о необходимости бережного отношения к нематериальным интересам людей; даже такая защита будет иметь поэтому огромное воспитательное и предупредительное значение.

---

[1] Entwurf, стр. 198.

IX. ПРОБЛЕМА ПРОИЗВОДНОЙ ЛИЧНОСТИ (ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА)

Возрастающее значение личности не может не сказываться и в юридическом положении создаваемых ею союзов и учреждений. В этих последних индивидуальная личность находит себе естественное продолжение и восполнение.

Однако союзные образования отнюдь не составляют явления только новейшего права. Напротив, уже всякое древнее общество характеризуется разнообразными формами коллективизма; оно все состоит из таких или иных союзов – родов, общин и т. д., вне которых индивид находиться не может, вне которых самая правоспособность его немыслима. Но все эти союзы имеют для индивида принудительный характер: он не может не состоять в них, не может выбирать их своей волей, не может, по общему правилу, и выйти из них добровольно.

С течением времени некоторые из этих союзов (например, род, община) утрачивают свое прежнее всеобъемлющее значение, но взамен их часто возникают другие союзы такого же недобровольного, принудительного типа, например, профессиональные корпорации позднейшей Римской империи, западноевропейские цехи и т. д.

Однако, как бы ни изменялись в истории виды этих принудительных союзов, на известной ступени развития самая принудительность их должна была оказаться тормозом для свободного проявления индивидуальной силы и инициативы. Необходимые в свое время, когда отдельная личность еще была слишком слаба и когда неокрепнувшее еще государство не могло дать ей надлежащей всесторонней защиты, все эти принудительные союзы с изменением указанных условий утратили свое прежнее полезное значение и стали давать себя знать только своими отрицательными сторонами. Естественно поэтому, что все прогрессивное движение в области гражданского права как в старом Риме, так и у новых народов сводилось к борьбе с этими принудительными союзами, остатками старого родового, общинного или феодального строя. Личность стремилась освободить себя от этих принудительных пут, выйти на дорогу самодеятельности и самоопределения.

Но эта индивидуальная самодеятельность отнюдь не исключает потребности в соединении с другими себе подобными для достижения тех или других общих целей, потребности в союзах. Развитие личности требует только замены союзов принудительных союзами добровольными. И действительно, такая замена совершается на глазах истории: очищая постепенно арену гражданского права от обломков старого зда-

ния развивающаяся личность покрывает ее многообразными новыми сооружениями.

Гражданско-правовые соединения лиц для совместной деятельности могут иметь различные цели и различный характер, вследствие чего для гражданского права возникает нелегкая задача найти для всего этого разнообразия подходящие формы. И работа над созданием этих форм идет еще от времен римского права. Оставляя и здесь детали в стороне, укажем лишь основные из этих известных современному гражданскому праву форм.

Простейшую и вместе с тем древнейшую из них представляет так называемое т о в а р и щ е с т в о (римская societas). Ее юридическая сущность заключается в том, что лица, соединяющиеся для одной общей цели, юридически не исчезают в созданном ими союзе; перед лицом гражданского права, перед третьими лицами они, а не союз, являются контрагентами, истцами и ответчиками. Заключенный ими между собой товарищеский договор создает только известные обязательства между ними, следовательно, регулирует только внутреннюю сторону их отношений, не изменяя стороны внешней. Соглашение о товариществе может касаться одного единственного «дела» (например, покупки сообща имения), по исполнении которого оно прекращается; оно может иметь в виду и некоторую более длительную цель (совместное ведение какого-либо предприятия); но будет ли одно или другое, во всяком случае подобное соглашение характеризуется тем, что оно не создает какого-либо нового юридического центра, нового субъекта прав, отличного от отдельных товарищей.

Однако развивающиеся интересы гражданской жизни не всегда могут удовлетвориться такой формой. Чем длительнее цель союза, чем неопределеннее его возможный состав, тем более желательным делается придать этому соединению характер некоторого нового юридического центра, обособленного от отдельных физических лиц, входящих в его состав, и располагающего своим собственным имуществом. После долгих поисков римское право впервые разрешило эту задачу созданием так называемого ю р и д и ч е с к о г о л и ц а. С момента своего учреждения союз начинает рассматриваться правом как некоторое самостоятельное лицо, наделенное особой гражданской правоспособностью; оно имеет свое имущество, через своих представителей вступает в договоры с внешним миром, ищет и отвечает на суде. Отдельные члены этого союза закрываются его новой юридической личностью: юридическое лицо сохраняет свое тожество, несмотря на смену отдельных членов; оно отвечает своим имуществом, и даже в случае недостатка такового взыскания третьих лиц не могут быть обращены на личное имущество отдельных членов.

Созданная впервые римским правом фигура юридических лиц была воспринята правом новых народов и нашла себе у них чрезвычайно широкое применение. Являясь лишь известной формой для определения внешних отношений союза и допуская самые разнообразные внутренние отношения между членами, фигура юридического лица была в высокой степени пригодной для самых разнообразных соединений. В эту форму могли вылиться различные торговые и промышленные предприятия, а также всевозможные союзы с целями неимущественными – союзы религиозные, научные, артистические, спортивные и т. д. Чем далее, тем более разрасталась сеть этих союзов, и мы знаем, насколько в настоящее время вся общественная жизнь переплетена ими.

Но в форму юридического лица могут отлиться не только союзы; уже в позднем римском праве эта форма была приспособлена и для так называемых у ч р е ж д е н и й (Stiftungen, fondations). Те или другие цели (призрение бедных, насаждение просвещения и т. д.) могут выходить далеко за пределы индивидуальной жизни; между тем служение им может составлять заветнейшее стремление человека. Ввиду этого естественно желание и здесь отделить служение этим целям от определенного физического субъекта, придать этому служению характер прочности и постоянства. Это достигается созданием учреждений: для постоянного служения указанной цели назначается имущество и определяются те органы, которые будут эксплуатировать его соответственно назначению. Вследствие этого и здесь перед нами появляется некоторый новый юридический центр, имеющий свою особую правоспособность и независимый от тех или других физических лиц.

Если признание всех подобных организаций составляло необходимое условие культурного и экономического прогресса, то, с другой стороны, появление, а тем более широкое развитие их поставило на очередь целый ряд чрезвычайно трудных вопросов. Мы не можем входить здесь в обстоятельное изложение их; мы должны оставить в стороне, например, все специальные вопросы акционерного права или столь волнующий наше время вопрос об отношении законодательства к синдикатам и трестам. Мы ограничимся только самыми основными вопросами общего, принципиального характера.

Юридические лица были в течение всего XIX века одной из излюбленнейших тем в цивилистической литературе. И, действительно, уже самый факт их особой правоспособности давал богатую пищу для теории права. Чем объяснить эту правоспособность, чем объяснить то обстоятельство, что некоторое общественное образование рассматривается и действует в обороте как единичный реальный человек, как физическая личность («personae vicem fungitur»)? В ответ на этот вопрос в течение XIX века был предложен целый ряд учений, начиная с теории фикции и кончая теориями, отрицающими вообще

самое понятие субъекта прав (как то мы видели выше в учении Густава Шварца). Не будем останавливаться на изложении этих учений, отметим только следующее.

С одной стороны, при решении вопроса о природе юридических лиц, вопроса о том, представляют ли они некоторую фикцию нашего юридического мышления или же подлинную реальность, естественно прежде всего разрешить вопрос о том, что мы разумеем под словом «р е а л ь н о с т ь» в сфере правовых явлений. Различное понимание последней дает, конечно, и различные ответы на вопрос о природе юридических лиц. Так например, с точки зрения «наивного реализма» в нашей области, того реализма, для которого реально только то, что более или менее осязаемо, юридическое лицо, естественно, будет фикцией, а если с фикциями оперировать нежелательно, то реальных субъектов прав, скрывающихся под видом юридических лиц, придется искать или в «дестинаторах» (Иеринг), или в самом имуществе (Brinz). Напротив, с точки зрения того своеобразного солипсизма, на почве которого стоит Л. И. Петражицкий и для которого объективная реальность заменяется некоторым психическим «субъектным представлением», не только юридическое лицо, но даже и обыкновенный физический человек будет казаться только идеей («представлением») – наравне с каким-нибудь дьяволом, лешим и другими продуктами расстроенного воображения. Выяснение преюдициального вопроса о социальной реальности является, таким образом, необходимым предположением для правильного теоретического разрешения вопроса о природе юридических лиц. Думается, что юридическая реальность есть вообще некоторая особая реальность: самый физический человек, превращаясь в юридического субъекта прав, утрачивает в значительной мере свою реальность естественную; для понятия субъекта прав безразличен рост, цвет волос и т. д. В особенности в сфере имущественного оборота право мыслит людей прежде всего в качестве некоторых абстрактных центров хозяйственной жизни. Понятие субъекта прав, таким образом, есть вообще некоторое техническое, условное понятие, которое как таковое вполне применимо и к лицам юридическим.

С другой стороны, все эти споры о природе юридических лиц имеют не только теоретическое значение. Такое или иное понимание этой «природы» приводит и к различным практическим выводам, предопределяя принципиальное отношение к основным вопросам данной области. Связь эта наглядно показана С а л е й л е м в его превосходном сочинение «De la personnalité juridiqe»* (Paris, 1910).

* [«О юридической личности» – фр.]

Одним из первых в ряду этих основных вопросов является вопрос об условиях для возникновения юридических лиц. Несомненно, что для возникновения юридического лица необходим прежде всего акт частной воли, т. е. волеизъявление его учредителей (мы говорим здесь лишь о юридических лицах частного права, оставляя учреждения публичного права – например, казну, земства, городские управления и т. д. – в стороне). Но, спрашивается, достаточно ли одного такого частного волеизъявления или же, сверх того, необходима еще какая-либо санкция со стороны государства?

В теории мы и доныне встречаем на этот счет два противоположных мнения. Согласно одному из них, такая санкция, безусловно, необходима; она вызывается соображениями как теоретического, так и практического характера. В особенности на этом требовании настаивают представители теории фикции; гражданская правоспособность юридических лиц, говорят они, не есть нечто естественное, как правоспособность лиц физических; это нечто искусственное, что может быть даровано только государством. С другой стороны, возникновение юридического лица обозначает появление в составе гражданского общества нового члена этого последнего, и естественно, чтобы этот новый член был признан обществом (т. е. его выразителем – государством), был принят им в свою среду. Наконец, утверждение со стороны государства необходимо как средство для охраны этого последнего против таких союзных образований, которые могут быть для него опасны, а также для охраны публики против разнообразных «дутых» компаний, ставящих своей исключительной целью спекулятивную наживу.

Другое направление все это решительно отрицает, причем главными сторонниками этого направления являются представители теории реальности юридических лиц. Юридическое лицо отнюдь не есть нечто фиктивное, созданное искусственно нашим юридическим мышлением; оно – некоторая общественная реальность, и потому правоспособность его так же естественна, как правоспособность человека. В свободе частных лиц к совершению юридических актов eo ipso заключается и свобода создавать союзы и учреждения. Эта свобода может быть ограничена только общими рамками гражданско-правовой деятельности, т. е. требованиями, чтобы возникающее юридическое лицо не противоречило закону, добрым нравам и т. д. Для каких-нибудь дальнейших ограничений нет никаких оснований.

Каждому из этих двух воззрений соответствуют и две различные практические системы: первому – система утверждения или, правильнее, система концессионная, второму – система свободного образования.

Борьба между этими двумя воззрениями наполняет собою все истекшее XIX столетие, причем колебания от одного к другому из них отражаются как в законодательстве, так и в судебной практике. При сем том колебания эти чем далее, тем заметнее склоняются в сторону все большей и большей свободы юридических лиц.

Кодификации начала XIX века – Code civil и Австрийское Уложение – заняли в этом вопросе положение очень неопределенное. В частности, во Франции в это время можно констатировать довольно отрицательное отношение к вопросу об образовании юридических лиц. Даже революционная эпоха, поставившая своим лозунгом свободу индивидуальной самодеятельности, не решилась провозгласить принципа свободного образования юридических лиц. С одной стороны, та «абсолютистическая» вера в государство, о которой было сказано выше, принципиально противилась всяким союзам, которые стали бы между государством и личностью. С другой стороны, революционное правительство недружелюбно относилось к могущественнейшим корпорациям того времени – корпорациям церковным. В эпоху создания Code Napoléon положение переменилось: союзы стали вызывать опасения уже с противоположной точки зрения, с точки зрения своей революционности; но общее отношение к вопросу осталось прежнее – именно отношение опасливой неопределенности. Вследствие этого из неясных положений Code civil французская юриспруденция вывела как общее правило французского права концессионную систему возникновения юридических лиц. Не менее туманен и § 26 Австрийского Уложения; во всяком случае и в Австрии в первой половине XIX столетия господствовала решительная наклонность к той же концессионной системе.

Однако с 60-х годов замечается определенный поворот. Движение в пользу более свободного образования юридических лиц начинается везде в области торгового оборота, который требует облегчения для возникновения торговых товариществ, в особенности акционерных компаний. Затем это движение перебрасывается в область гражданского права, где борьба концентрируется, главным образом, вокруг союзов с идеальными целями. Под давлением этого движения совершается постепенный переход от концессионной системы к так называемой *явочной системе*, или системе «Normativbestimmungen»: закон устанавливает известные условия, которым юридическое лицо должно удовлетворять, и затем всякий союз, удовлетворяющий этим условиям, уже eo ipso имеет право на внесение его в реестр; со внесением же в реестр он получает возможность фигурировать в деловом обороте в качестве юридического лица без какого-либо особого акта со стороны тех или других органов государственной власти.

Во Франции выражением этого движения являются законы 1867 г. (об акционерных компаниях, о так называемых sociétés anonymes), 1893 г. и, наконец, закон 1 июля 1901 г. для союзов с идеальными целями, который, устанавливая известные общие требования, провозглашает в виде общего правила: «Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisations ni dèclaration préalable»*

Медленно, с колебаниями, но по тому же пути идет и Германия. Уже в конце 60-х и 70-х годов мы видим в отдельных государствах частичные попытки к облегчению образования юридических лиц; но во весь свой принципиальный рост встал этот вопрос в эпоху подготовки общегерманского гражданского уложения. Комиссия, вырабатывавшая первый проект, ввиду остроты вопроса и неясности политического горизонта в этом отношении решила обойти этот вопрос, предоставив его разрешение партикулярным законодательствам. Такое уклонение от вопроса вызвало горячую критику, и вторая комиссия решила выработать проект общеимперских правил, несмотря на возражение со стороны прусского правительства. По вопросу о возникновении юридических лиц комиссия отвергла одинаково как систему концессионную, так и систему свободного образования в качестве единой, общей системы. Исключительное проведение первой системы, за что стояло прусское правительство, обозначало бы шаг назад даже по сравнению с тем, что уже есть; кроме того, эта система ставила бы с этой стороны всю общественную жизнь под тяжелую опеку правительства. Но и вторая система была отвергнута: она создает для третьих лиц полную неопределенность, так как не дает им твердых признаков, по которым можно судить о том, является ли данный союз подлинным (правоспособным) юридическим лицом или нет. В результате всех этих соображений была принята средняя, смешанная система: для корпораций с идеальными целями – явочная (Normativbestimmungen и регистрация), для компаний, преследующих имущественные цели, – система концессионная[1].

К гораздо более решительным результатам привел тот же процесс развития в Швейцарии, где опасения политического свойства отпадали. Уже в обязательственном кодексе 1881 г. для акционерных компаний, товариществ и союзов с идеальными целями была установлена система Normativbestimmungen. Уложение 1907 г. пошло еще дальше: система Normativbestimmungen с занесением в реестр необходима только для корпораций приобретательных; союзы же с идеальными целями (религиозные, политические, артистические, благотворительные и т. д.) приобретают юридическую правоспо-

* [«Объединения лиц могут создаваться без разрешения и предварительного объявления» – фр.]

[1] Protokolle. I, стр. 476 и сл., 490 и сл.

собность без всяких формальностей, если только из их устава явствует воля существовать в качестве корпораций (ст. 52, 60).

Таким образом, уже из этого суммарного обзора можно усмотреть, что идея свободного образования юридических лиц все более и более завоевывает себе признание. Для нас имеет второстепенное значение вопрос о регистрации; быть может, в интересах третьих лиц такая официальная регистрация всех возникающих юридических лиц и желательна. Важно во всяком случае то, что в общественном правосознании и в законодательстве все более и более крепнет убеждение в том, что юридическое лицо создается частной волей, а не концессией со стороны государства. Все ярче и ярче ощущается тягота концессионной системы, отдающей союзную жизнь общества à la merci государства, превращающей всякое образование юридического лица в акт милости со стороны этого последнего, в испрошение некоторой особой привилегии. В противоположность этой идее милости все определеннее и ярче выдвигается идея права по отношению к государству. Союз, говорят даже «Мотивы» к первому проекту Германского Уложения, имеет п р а в о на приобретение юридической личности; эта последняя не является уже, как раньше, привилегией[1]. Даже тогда, когда для превращения в юридическое лицо необходима обязательная регистрация (явочная система), юридическое лицо является к этой регистрации с правом на свое существование, а не с просьбой о даровании ему жизни. Пусть, наконец, в тех или иных законодательствах для тех или иных отдельных видов юридических лиц еще применяется или будет применяться концессионная система, она уже должна мотивировать себя соображениями не вышеуказанного принципиального характера, а какими-либо иными, чисто относительными и практическими. Личность и здесь отвоевала себе по отношению к государству весьма серьезную позицию. Ибо, как совершенно справедливо говорит С а л е й л ь [2], в этом вопросе играет роль не только интерес собственности, но и интерес человеческой личности: юридическое лицо есть не что иное, как продолжение и произведение индивидуальных личностей, и уважение к этим последним требует признания того, что составляет их юридическую эманацию.

Параллельное, хотя и более слабое, движение наблюдается и по отношению к другой категории юридических лиц – по отношению к у ч р е ж д е н и я м . В начале столетия учреждения вообще не пользовались симпатией законодательства. В эту эпоху, проникнутую общим стремлением освободить имущества от всякой связанности, учреждения, обрекавшие имущества какой-либо цели навсегда и этим связывавшие их новой связью, отдавав-

[1] Motive. I, стр. 89

[2] De la personnalité juridique, стр. 632.

шие их в некоторую «мертвую руку» (main morte, tote Hand), должны были, естественно, возбуждать сомнения. Создавая учреждение, учредитель как бы диктует свою волю всем последующим поколениям, ограничивая свободу их деятельности. Защита этих будущих поколений, казалось, требовала весьма строгого отношения к учреждениям: приходя в мир, каждое новое поколение должно найти поле для своей деятельности свободным. Вследствие этого концессионная система, применявшаяся тогда ко всем юридическим лицам, по отношению к учреждениям казалась особенно уместной и справедливой. Вследствие же этого даже тогда, когда во второй половине XIX века в области корпораций началось движение в сторону более свободного образования, учреждения оставались в стороне от этого движения. Даже те, которые в эпоху подготовки Германского Уложения требовали для союзов явочной системы (например, Гирке), для учреждений признавали естественной старую систему концессий. И Германское Уложение, действительно, устанавливает для них эту последнюю. Однако Швейцарское Уложение 1907 г. и здесь покинуло этот опасливый путь, распространив и на учреждения явочный порядок.

Конечно, все упомянутые опасения не вовсе лишены значения, но едва ли концессионная система может быть ими оправдана. Конечно, будущие поколения имеют известные права, но, с другой стороны, имеют их и поколения нынешние: нельзя лишить их права посвятить то, что было создано их трудом, тем целям, которые были им дороги; отнять у них это право значило бы в высокой степени ослабить личную энергию. Разумеется, эти цели могут оказаться впоследствии ненужными или вредными, и потому может быть поставлен вопрос о создании такого или иного общественного регулятора для существующих учреждений[1]. Но во всяком случае вопрос о полезности или неполезности учреждения пусть решают сами потомки. Концессионная же система решает за них, ибо она есть не суд поколений грядущих, а суд поколения настоящего. Это же последнее имеет право требовать только того, чтобы создаваемое учреждение не противоречило закону, добрым нравам и т. д., т. е. общим требованиям всякого юридического акта. Идти дальше этого, устанавливать какую-то дополнительную проверку полезности или целесообразности учреждения, значит предрешать голос будущего, а, с точки зрения настоящего, брать учредительную деятельность граждан под особую опеку государства. Но все развитие современного правосознания протестует против подобной опеки над целями, против принудительного шаблонизирования их.

[1] Saleilles, l. cit., стр. 27–28.

И здесь, как правильно говорит С а л е й л ь , дело идет о правах индивидуальной личности учредителя, игнорировать которую мы не вправе[1].

Разумеется, деятельность некоторых юридических лиц обнаруживает временами и свои теневые стороны; в особенности много различных жалоб вызывают акционерные компании и союзы предпринимателей (синдикаты и тресты). Мы не будем вдаваться в рассмотрение и оценку этих жалоб; многое в них, без сомнения, справедливо, и нельзя отрицать необходимости каких-либо мероприятий против раскрывающихся злоупотреблений. Однако нужно при этом помнить, что теневые стороны эти не для всех видов юридических лиц одинаковы и что борьба с этими теневыми сторонами должна носить характер специальный: за вину одних видов не должны нести ответственности другие. Не надо забывать затем того обстоятельства, что часто наилучшие средства для оздоровления лежат за пределами гражданского права – в улучшении общих условий экономической и общественной жизни. Во всяком случае невозможно одно – возвращение к старой концессионной системе, системе правительственной опеки. Это признают даже многие из тех, которые склонны рисовать нынешнее положение вещей слишком черными красками. Так например, C h a r m o n t [2], изобразив оборотную сторону нынешних акционерных компаний, спрашивает: что же делать? Возвратиться к оставленной концессионной системе? Об этом, отвечает он, невозможно и думать: предоставить администрации оценку своевременности предприятия или его шансов на успех значило бы возложить на нее задачу, для которой она не предназначена. Всякая ее оценка рискует быть произвольной и подозрительной; чувствуя себя ответственной, она, естественно, будет слишком недоверчивой, слишком осторожной в признании всякой новой идеи, всякого нового открытия.

И здесь, как во многих других случаях, не следует прибегать к таким средствам, которые, устраняя возможность злоупотреблений, в то же время уничтожают свободу движения; и здесь не следует из ванны вместе с водой выплескивать ребенка.

То или другое принципиальное отношение к юридическим лицам сознательно или бессознательно сказывается и в вопросе о п р е д е л а х и х п р а в о с п о с о б н о с т и . Если самое понятие юридических лиц вырабатывалось в истории медленно и с трудом, то тем более это надо сказать относительно объема их правоспособности. Ближайшая история юридических лиц в римском праве наглядно показывает, как постепенно и по частям развива-

[1] L. cit., стр. 632.

[2] Les transformations du droit civil. 1912, стр. 36–37.

лась эта правоспособность[1]; история новых народов, в свою очередь, свидетельствует о разнообразных ограничениях, которым она подвергалась. Но подробности этой истории лежат за пределами нашей задачи. Мы не будем поэтому говорить о тех довольно распространенных, особенно в старое время, законах, которые ограничивали юридических лиц в приобретении ими недвижимостей (так называемых leges de non amortizando); после всего вышеизложенного соображения, вызывающие эти законы, сами собой понятны. Равным образом мы оставим в стороне и столь занимавшие старую юриспруденцию вопросы о способности юридических лиц к владению, к получению по завещаниям и т. д. Все эти вопросы имеют в настоящее время почти исключительно историческое значение. Мы коснемся более общего и чрезвычайно спорного в настоящее время вопроса, который известен в современной цивилистической литературе под именем вопроса о правоспособности общей или специальной[2].

Сущность его заключается в следующем. Раз юридическое лицо создано, то, спрашивается, обладает ли оно в имущественной области (семейственные отношения, конечно, для него недоступны) всеми теми же юридическими способностями, которыми обладает и физическое лицо, или же круг этих способностей уже, ограничиваясь лишь тем, что определяется самой целью юридического лица? Может ли оно заключать все сделки, доступные частному лицу, или же только такие, которые находятся в связи с его целью? Может ли, например, акционерная компания, имеющая своей целью эксплуатацию какого-либо промышленного предприятия и доставление прибыли своим членам, в своем общем собрании сделать постановление об ассигновании известной суммы в виде пожертвования на какие-нибудь благотворительные цели? Или, наоборот: может ли какое-нибудь научное или спортивное учреждение открыть фабрику или торговое заведение?

Вопрос этот, как сказано, является чрезвычайно спорным, особенно ввиду того, что законодательства на этот счет не содержат определенных, исключающих всякие сомнения, постановлений. В то время, как одни из цивилистов не усматривают никаких оснований для сужения свободы деятельности юридических лиц и в этом смысле признают принцип правоспособности общей, другие, отправляясь от того соображения, что деловая деятельность юридических лиц создается только ввиду известной цели, отстаивают принцип правоспособности специальной. При этом нужно отметить, что на этой последней точке зрения стоят не только представители теории фик-

[1] См. об этом В. Ельяшевич Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве. СПб., 1910.

[2] Более подробные сведения см. в брошюре проф. Пергамента К вопросу о правоспособности юридического лица. 1909.

тивности юридических лиц, но часто и сторонники их реальности (Гирке, Залейль и др.).

Для суждения об этом вопросе нужно, однако, иметь в виду следующее. Принцип правоспособности специальной может иметь различное обоснование и в связи с этим различное практическое выражение. Можно, во-первых, считать, что уставная цель юридического лица составляет уже в силу самого закона естественный предел его правоспособности; тогда всякий акт, выходящий за этот предел, как акт, нарушающий норму juris publici, должен ipso jure считаться ничтожным. Он должен считаться ничтожным даже тогда, если из среды членов союза никакого спора против акта не возбуждается, если, например, постановление общего собрания акционеров об отчислении на благотворительные цели сделано единогласно. С точки зрения правоспособности специальной, в этом смысле всякий такой акт должен быть кассирован ex officio, вопреки совершенно определенной воле всех членов союза.

Но можно, во-вторых, понимать этот принцип и иначе. Целью ограничения можно считать не соблюдение естественных пределов правоспособности, а ограждение интересов меньшинства, т. е. тех членов союза, которые были несогласны с состоявшимся постановлением. В таком случае акт, выходящий за пределы уставной цели союза, должен быть признаваем не ничтожным, а лишь подлежащим оспариванию и притом только в таком размере, в каком он наносит ущерб членским интересам оспаривающего.

В каком именно из этих двух возможных пониманий принцип специальности защищается его сторонниками, это далеко не всегда может быть установлено с несомненностью: часто обе точки зрения смешиваются, а между тем ценность и значение каждой из них различны.

Если мы возьмем, прежде всего, первое понимание нашего принципа, то, конечно, юридическое лицо создается для известной определенной цели, которой оно как таковое изменить не может. Но наш вопрос заключается не в вопросе об изменении целей, а в вопросе о том, кому лучше судить о связи того или иного акта, совершаемого юридическим лицом, с его целью: самому ли юридическому лицу или органам государства. Сплошь и рядом тот или иной акт благотворительности может иметь для корпорации посредственное имущественное значение; с другой стороны, фабрика или торговое заведение может давать наилучшие средства для научного учреждения. Входить сюда с мелочным надзором значило бы устанавливать ту же самую опеку над деятельностью юридических лиц, которая так противоречит нашему нынешнему правосознанию вообще. Конечно, посредством ряда подобных актов, систематически совершаемых, юридическое лицо может, не изменяя своего имени, радикально изменить свое существо – учреждение научное превратиться в

промышленное, промышленное в благотворительное, – но именно на этот случай полного и систематического изменения своих целей государство имеет право контроля и прекращения. Весь вопрос, следовательно, сводится к вопросу о том, отступает ли деятельность данного юридического лица в ц е л о м от его уставных целей или нет: если научное учреждение употребляет доходы от своей фабрики на научные цели, если акционерная компания, отчисляя известный % из своих прибылей на дела благотворительности, остается в своем существе промышленной, нет никаких оснований для контроля над отдельными актами, лишь бы они не выходили за общие пределы всяких частных актов, т. е. не противоречили закону, добрым нравам и т. д. Всякий специальный надзор свыше этих общих требований являлся бы исключительно проявлением старого недоверчивого и опасливого отношения к юридическим лицам. Как правильно говорит P l a n i o l , принцип специальности по отношению к частным ассоциациям покоится на «une idée de suspicion»[1]. Во французском праве по крайней мере принцип специальности явился бесспорным продуктом не цивилистической, а административной практики, проникнутой этой «идеей». Но ясно, что эта «идея» имеет здесь так же мало оснований, как и идея концессионной системы в вопросе об образовании юридических лиц.

И, по-видимому, большинство из сторонников специальности стоит не на этой, а на второй из отмеченных точек зрения. Так например, C a - л е й л ь определенно признает действительность всяких закономерных актов корпорации по отношению к третьим лицам: эти последние не могут входить в обсуждение связи этих актов с целями корпорации[2]. Равным образом и P l a n i o l решительно отказывается делать из принципа специальности условие действительности самых актов (condition de validité)[3].

Но если так, то, очевидно, принцип специальности перестает быть ограничением самой п р а в о с п о с о б н о с т и юридического лица; он делается лишь правилом для ограждения известных частных интересов. Дело идет не о том, чтобы аннулировать непременно тот или другой акт, а лишь о том, чтобы избавить членов меньшинства от ущерба. Поскольку претензий с этой стороны нет, никаких сомнений в действительности акта не возникает.

В такой постановке принцип специальности свободен от всех приведенных выше возражений и может быть предметом обсуждения. В известных пределах вопрос даже может быть решен утвердительно; но только нужно помнить при этом, что дело идет не об ограничении правоспособности как таковой, а об охране частных интересов, не о соблюдении нормы juris publici,

[1] [«мысли о подозрении» – фр.] – Traité élémentaire de droit civil. III, § 2923.
[2] De la personnalité juridique, стр. 635.
[3] Traité, l. cit.

и о толковании акта частной воли (учредительного акта). «Il s'agit, – справедливо говорит Салейль, – d'interpréter non plus une concession administrative, mais une charte privée»[1]. Вместе с тем очевидно, что такая точка зрения неизбежно приведет к совершенно иным практическим выводам, чем вышеуказанная «idée de suspicion». Но дальнейшее углубление в этот вопрос завело бы нас далеко за пределы нашей ближайшей задачи.

Юридическое лицо не есть нечто мертвое и безжизненное; оно является, напротив, некоторой живой клеточкой социального организма. Эту жизненность, активность придает ему, как и физическому лицу, в о л я – воля корпорации или воля учредителя, продолжающая одушевлять созданное им учреждение. Забвение этого живого элемента составляет основной порок теории фикции, толкавший юриспруденцию неоднократно на ложный путь.

Известно, как долго казался неразрешимым вопрос об о т в е т с т в е н н о с т и ю р и д и ч е с к и х л и ц з а п р а в о н а р у ш е н и я (деликты): изречение старого римского Ульпиана «quid enim municipes dolo facere possunt?» еще до недавнего времени казалось непреложной аксиомой и заставляло довольствоваться по существу совершенно фиктивной ответственностью отдельных агентов, т. е. своего рода «стрелочников». Ныне мы освободились от гипноза этой идеи, мы уже возлагаем ответственность на самое юридическое лицо, но в теоретическом обосновании этой ответственности мы еще далеки от единодушия. Многие из современных цивилистов представляют эту ответственность исключительно как ответственность за ч у ж у ю вину: вина агентов юридического лица рассматривается (следовательно, искусственно) как вина самого юридического лица. При этом, однако, упускают из виду целую массу случаев, когда причиной правонарушения и вреда явилась не вина того или другого агента, который действовал лишь сообразно данной ему инструкции, а вина самой корпорации, давшей агентам эту инструкцию. Представим себе, в самом деле, что какая-нибудь железнодорожная компания в общем собрании акционеров, руководствуясь желанием сократить расходы, постановила уменьшить количество фонарей, освещающих пути, или что-нибудь подобное, в результате чего произошел вред. Говорить о том, что в случае этого рода основанием ответственности является какая-либо вина агентов, было бы очевидной фикцией: компания отвечает здесь не ex alieno, а ex s u o facto, не за чужую вину, а за свое собственное распоряжение, следовательно, – за акт собственной корпоративной воли. Правильно и здесь указывает Салейль, что деликтное намерение может сливаться с волей отдельных агентов, но оно может сливаться и с волей всех

[1] [«Речь идет о том, чтобы толковать не административное дозволение, а частный акт» – фр.] – L. cit., стр. 636.

членов корпорации, если причинившее вред решение было принято на общем собрании[1].

Нельзя отрицать наличности известной корпоративной воли как некоторого произведения индивидуальных воль, идущих в одном и том же направлении. В этом смысле воля корпорации представляет несомненный факт реальности, который и является основанием ответственности. Именно на непосредственном ощущении этой реальности покоится и поднимающийся в настоящее время вопрос о возложении на корпорации в известных пределах даже ответственности у г о л о в н о й (например, в виде штрафов и т. д.)[2]. Юридическое лицо составляет живое продолжение индивидуальных лиц, личность и воля этих последних продолжает жить в создаваемых ими образованиях.

И чем далее, тем более этот живой личный элемент будет сказываться; если до сих пор это отражалось главным образом на вопросах ответственности, то, с другой стороны, это начинает находить себе отражение и в вопросе о правах юридических лиц. Все более и более начинает находить себе признание не только имущественная, но и личная сторона союзных образований[3]. Так например, уже в современной юриспруденции почти общепризнанным может считаться их право н а и м я ; но это право, как мы знаем, является лишь первым пионером идеи прав личности; за ним неизбежно последуют другие. В частности, едва ли даже теперь может встретить себе серьезную оппозицию п р а в о н а ч е с т ь : для юридического лица имеет огромное значение не только состояние его имущества, но и состояние его чести, незапятнанность его моральной и общественной репутации; отказать ему во всех возможных средствах для ограждения этой репутации гражданское право не имеет решительно никаких оснований. Та или другая репутация союза отраженно падает на репутацию отдельных его членов, и уважение к личности этих последних требует ограждения производной личности юридического лица.

* * *

Мы говорили до сих пор о таких союзах, которые приобретают качество самостоятельного субъекта прав, принимают форму юридического лица. Но современная жизнь далеко не исчерпывается ими: она каждый день создает бесчисленные коллективы, которые имеют характер социального единства,

---

[1] L. cit., стр. 643.

[2] См. Салейль, l. cit., стр. 638 и сл.

[3] См. J. M a u c z k a . Die Anwendung der Theorie der interessenkollisionen auf die angeborenen Rechte – статья в «Festschrift zum Jahrhundertfeier des Allg. bürg. Gesetzbuchs». Bd. II, стр. 283.

но которые не удовлетворяют требованиям закона о юридических лицах и часто даже определенно не желают им удовлетворять (например, разнообразные рабочие союзы). В таких случаях для права создается чрезвычайно трудное положение. С точки зрения строгой последовательности, надлежало бы все подобные коллективы просто игнорировать, трактовать их как простые товарищества, для третьих лиц значения не имеющие. Но такая последовательность шла бы слишком вразрез могущественным требованиям жизни и потому в действительности не осуществляется. Закону приходится кое в чем делать уступки, приходится признавать коллективное качество таких «неправоспособных союзов» (assotiations de pur fait, nichtrechtsfähige Vereine) хоть отчасти. Так например, за ними признается способность выступать на суде в роли истцов и ответчиков (§ 54 Германского Уложения), заключаемые ими договоры считаются действительными и т. д. Союзная тенденция современной жизни достигает такой силы, что перебрасывает свои волны через барьер закона и принуждает его к дальнейшим уступкам.

Многие из этих – как «правоспособных», так и «неправоспособных» – союзов играют огромную и всевозрастающую роль. В особенности это следует сказать, с одной стороны, о союзах предпринимателей, а, с другой стороны, – о союзах рабочих.

Союзы предпринимателей (тресты, синдикаты, картели и т. д.) чем далее, тем более занимают решающее положение по отношению к важнейшим отраслям промышленности и транспорта. Они диктуют свои условия не только известным районам, но целым государствам, а иногда даже целому миру. Вследствие этого, естественно, что вопрос об отношении к ним является в настоящее время одной из настоятельнейших, но в то же время и труднейших законодательных проблем[1].

Не менее трудная проблема создается и рабочими союзами. Возникнув как необходимое средство в борьбе за лучшие условия труда, эти союзы начинают оказывать все большее и большее влияние на внутренний распорядок промышленных предприятий, а вследствие этого и на всю экономическую жизнь страны. Наиболее важным, с юридической точки зрения, способом этого влияния являются так называемые коллективные, или тарифные, договоры, которые заключаются этими союзами с предпринимателями и которые имеют своей целью установить условия будущих рабочих договоров с отдельными лицами. Появление таких коллективных договоров поставило перед юриспруденцией, а затем и законодатель-

[1] См. об этом А. И. Каминка. Предпринимательские союзы. 1909 г., И. М. Гольдштейн Синдикаты и тресты и современная экономическая политика. 1912 г., его же. Экономическая политика. Изд. 2. 1913 г.

ством целый ряд чрезвычайно трудных вопросов, которые и до настоящего момента не могут считаться разрешенными[1].

Не имея возможности вдаваться здесь в обсуждение этих сложных проблем, отметим только, что, как с одной, так и с другой стороны, мы встречаемся здесь по существу с одним и тем же явлением, представляющим продолжение той же тенденции, о которой была речь выше. Как правильно говорит Makarewicz, все подобные союзы, соединяя разрозненных индивидов в добровольные коллективы, творят этим самым новые социальные силы, главной характерной чертой которых является создание мощного противовеса против всемогущества государства[2]. На место регулирования сверху стремится стать регулирование снизу – из среды самих заинтересованных общественных групп. Каждый раз, говорит Iastrow, когда между союзом предпринимателей и союзом рабочих становится коллективный, или тарифный, договор, создается приблизительно такое же положение, как тогда, когда регулирование произведено законом. Чем далее, тем яснее становится, что государство далеко не все, что рядом с ним имеют огромное значение разнообразные «органические» социальные образования, и таким образом «eine Art des Individualismus scheint ihren Einzug in die Soziologie zu halten»[3].

На этой почве появляются и такие течения, в которых отмеченная тенденция выходит уже далеко за пределы простого «противовеса против всемогущества государства»: профессиональные организации выдвигаются на еще более значительную роль – роль единственного властного органа, долженствующего уничтожить и заменить собой нынешнее государство. Таково известное течение синдикализма, отголоски которого мы встречаем в разнообразных учениях (например, в рассмотренном выше учении Дюги). В своем восстании против государства синдикализм, очевидно, очень близко соприкасается с анархизмом, но отличается от него тем, что вместо «безвластия» анархизма он во главу угла ставит власть этих профессиональных организаций. Едва ли нужно говорить о том, что подобная замена одного всемогущества (государства) другим (всемогуществом профессиональных организаций) не может представляться для человеческой личности желательной: можно опасаться, что такая замена приведет к не меньшему подавлению ее,

---

[1] Краткий обзор этих вопросов см. у Л. С. Таля Тарифный (коллективный) договор как институт гражданского права. 1909 г.

[2] Die sociale Entwickelung der Neuzeit в «Archiv für Rechts – und wirtschaftsphilosophie». Bd. VII. 1913–1914, стр. 271.

[3] [«своего рода индивидуализм вторгается в пределы социологии» – нем.] – Was ist Arbeitsschutz? в том же Archiv. Bd. VI. 1912–1913, стр. 510–511.

чем в государстве[1]. Тем не менее синдикализм в такой же мере симптоматичен, как и анархизм: оба свидетельствуют о том, что всевластие государства делается все труднее и труднее переносимым. Если государство должно сохранить свое положение, то оно может достигнуть этого не иначе, как лишь путем широкого признания прав человеческой личности и ее индивидуального или коллективного голоса; чем далее, тем более устанавливаемый государством правопорядок должен превращаться в сознательное соглашение его членов (или их групп), должен приближаться к тому, что рисовалось представителям старой естественно-правовой школы под видом «contrat social»[2].

[1] Ср. C r u e t . La vie du droit, стр. 152 и сл.

[2] [«общественный договор» – фр.] – Ср. Cruet, l. cit., стр. 223. «La loi oblige aujourd'hui par son contenu plutôt que par son origine, et. si c'est une bonne loi, lui obéir n'est pas un devoir, c'est un besoin». – [«Сегодня авторитет закона заключен скорее в его содержании, чем в его источнике, и если закон хорош, то подчинение ему есть не долг, а потребность» – фр.] – Стр. 236: «La véritable sanction des lois est l'assentissement du plus grand nombre...» – [«Законы действительно освящаются лишь соглашением большинства...» – фр.] – B o u g l é. Le solidarisme, 1907, стр. 68: «Au fur et à mesure que les membres de la société deviendront plus «conscients», il deviendra de plus en plus difficile de leur imposer un ordre social aux conditions duquel, s'ils avaient été consultés en effet, ils n'ueraient pas consenti». «Quand la théorie de Rousseau ne serait le reflet d'aucune réalité historique, il reste, qu'elle éclaire nettement notre idéal». – [«По мере того как будет повышаться «сознательность» членов общества, им все труднее будет навязать социальный порядок, с условиями которого они не были бы согласны, если им было бы предложено высказать свое мнение». «Даже если теория Руссо и не отражает никакую историческую реальность, она тем не менее указывает нам ясный путь к идеалу» – фр.]

X. ПРОБЛЕМА ЛИЧНОСТИ В СФЕРЕ СЕМЕЙСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Одну из самых чувствительных областей гражданского права представляет семейственное право, ибо, быть может, нигде не затрагиваются столь интимные интересы человеческой личности, как именно здесь.

Но семья, как известно, в процессе своего исторического развития совершила длинный путь. Не станем забираться в туманную даль «коллективного брака» или матриархата; если мы даже ограничимся семьей в ее более современном смысле, семьей моногамической, то и тогда мы увидим, что эта семья в древнейшее время определялась совершенно иными началами, чем нынешняя.

Как показывают остатки древнейшего права и древнейших обычаев у всех более известных нам народов, первоначальным источником такой семьи было похищение жен или покупка их, и притом, по-видимому, из чужого племени. Жена же, похищенная или купленная, становилась рабыней своего мужа (быть может, даже это был вообще древнейший случай всякого рабства), делалась его собственностью наравне с другими рабами или вещами. Примитивное правосознание не различало еще оттенков власти; оно знало только одну единственную власть господина над всем, что входило в сферу его господства, что ему принадлежало, и эта власть мыслилась, как некоторое одностороннее и абсолютное право его: все то, что этому праву подлежит, есть не субъект, а объект. Это принципиальное единство власти примитивного господина ярко выражается в единстве наименования: как древнеримский термин m a n u s, так и древнегерманский термин M u n t, m u n d i u m, применялись первоначально одинаково и для обозначения права собственности на вещи, и для обозначения прав господина на раба, мужа на жену, отца на детей. Все отношения представлялись, таким образом, под одним и тем же углом зрения в е щ н ы х отношений, и для семейственных прав как особой категории еще не было места.

Лишь дальнейшее развитие культуры вносит сюда мало-помалу изменение. Незаметно, но неуклонно растущее признание человеческой личности приводит к тому, что указанная первоначально единая власть начинает дифференцироваться: оставаясь прежней по отношению к вещам, она уже несколько модифицируется по отношению к рабам и сильно изменяется по отношению к жене и детям. Лишь с этого момента, момента выделения особого понятия семейственной власти из первоначального общего понятия «собственности», можно говорить о появлении в гражданском праве особой юридической категории правоотношений семейственных.

Но эти правоотношения на всем протяжении истории меняли и продолжают менять свой характер. Строение семьи и семейственных отношений затрагивает самые разнообразные интересы – интересы самих членов семьи, интересы различных общественных групп, интересы государства, наконец, интересы религии, церкви. Все эти интересы перекрещиваются самым различным образом, создавая возможность разнообразных и зачастую очень острых конфликтов. Внутри семьи коллидируют интересы мужа и жены, родителей и детей; на внешнюю сторону коллидируют интересы супругов с интересами тех или других общественных групп, государства, церкви. Невозможно проследить историю этих конфликтов во всей их подробности, но уже основные стадии их движения в высокой степени поучительны.

Начнем в общего обзора истории р и м с к о й семьи: это важно не только потому, что римское право имело такое исключительное значение в истории новейшего праворазвития, но в особенности потому, что римская семья во многих отношениях дает богатый материал для принципиальных сопоставлений.

Как было только что указано, древнеримская семья была построена на принципе абсолютной власти домовладыки над женой и детьми: manus mariti и patria potestas* были ее краеугольными камнями. Эта абсолютная власть домовладыки объединяла семью, придавала ей характер некоторого юридического единства. На ней, а не на общности крови покоилось родство (агнатический принцип в противоположность кровному, когнатическому): все то, что выходило из-под этой власти (например, дочь, вышедшая замуж; сын, освобожденный отцом, и т. д.), утрачивало родство и все права, с ним связанные (прежде всего – права наследования). Объединенная этой властью древнеримская семья внутри представляла область юридически неограниченного господства домовладыки. Это господство было его односторонним правом: он имел по отношению к жене и детям право жизни и смерти, право хозяйственной эксплуатации их рабочей силы – вплоть до права полной продажи и т. д. Одним словом, с точки зрения наших нынешних представлений, это была отдельная «маленькая монархия».

Перед третьими лицами эта маленькая монархия была закрыта личностью домовладыки. Отдельные члены семьи, жена и дети, в качестве личности, субъектов прав не признавались: они не могли иметь никакого собственного имущества, они не могли ничего приобретать для себя, не могли выступать перед лицом государства в качестве истцов и ответчиков. Как самостоя-

* [власть мужа и отцовская власть – лат.]

тельных юридических единиц государство их не знало; они, с юридической точки зрения, не существовали, исчезая за личностью своего pater familias*.

Безгранично господствуя внутри семьи, домовладыка не допускал никакого вмешательства, никакого ограничения извне. Если еще, быть может, в древнейшее время он подчинялся власти рода, то затем, с падением силы родовых союзов, римский гражданин оказался в осуществлении своей семейной власти совершенно свободным: государство, разложившее старый родовой строй, останавливалось перед границами семьи: «маленькая монархия» римской семьи была самостоятельной державой даже для римского государства. Не только установление семьи и управление ее членами, но даже и прекращение ее рассматривалось как частное дело домовладыки, как его одностороннее право: по своему свободному усмотрению, не испрашивая ни у кого разрешения, он мог отвергнуть жену, дав ей развод, отречь детей от семьи и т. д.

Таков был отправной пункт римской истории. Затем начинается эволюция, но главным узлом этой эволюции является перестроение внутренних отношений в семье.

Если древнеримская семья представляется нам некоторым юридическим единством, крепко спаянным железной оболочкой власти домовладыки, то в дальнейшем эта железная оболочка начинает давать трещины, через которые выходят на свет Божий ее отдельные, дотоле этой властью закрытые члены. И первой выходит жена.

Уже очень рано (по-видимому, уже в эпоху законов XII таблиц) рядом со старым, только что описанным браком «с властью» (cum manu) появляется в Риме другой вид брака – брак «без власти» (sine manu). Муж и жена при этой форме брака – люди, юридически друг другу чужие: жена не входит в familia мужа, не вступает в родство с ним, остается чужой даже своим собственным детям; она как была, так и остается членом своей старой семьи, своего старого родственного союза. Брачное сожительство, таким образом, не создает между мужем и женой принципиально никаких юридических связей, не дает никому никаких прав, но и не налагает никаких обязанностей. И прежде всего нет речи о какой бы то ни было власти мужа по отношению к жене. Он не имеет никаких прав ни на ее личность, ни на ее имущество: если она была лицом самостоятельным, т. е., если ее отец уже не существовал, она могла свободно распоряжаться собой и своим имуществом, как хотела. Она могла даже уйти от мужа, и муж не имел права требовать ее привода. В имущественном отношении, естественно, господствовала система полной раздельности, разве бы жена или ее родители специально выделили мужу на

* [отца семейства – лат.]

помощь в несении издержек семейной жизни какое-либо имущество; тогда такое «приданое» (dos) поступало в пользование мужа.

Таким образом, римляне уже очень рано старому патриархальному браку противопоставили его полную антитезу, брак совершенно свободный, и этим сделали огромный исторический прыжок. Вместо жены, личность которой была совершенно задавлена личностью мужа, в этом новом браке рядом с мужем стала жена, лично и имущественно свободная и независимая; брак стал свободным союзом двух совершенно равноправных лиц.

Некоторое время оба эти брака существовали в римской истории рядом и, так сказать, на выбор; но затем старая форма сходит со сцены, и свободный брак делается единственной основой семьи во всей дальнейшей истории Рима. Так был разрешен Римом важнейший внутрисемейный вопрос, вопрос о взаимном отношении между мужем и женой.

Но этим самым был предрешен уже и другой основной вопрос семейного права, вопрос о взаимоотношении между семьей и государством.

Разумеется, и римское государство было в высокой степени заинтересовано в прочности семьи как известной общественной организации и как учреждения, создающего и воспитывающего новые поколения. Но римская государственная власть, за редкими исключениями, избегала проводить эти свои интересы путем какого-нибудь принуждения в области супружеских отношений. Правда, был один критический период в римской истории, когда император Август, борясь с распущенностью и деморализацией, достигшей в конце республики крайних пределов, выступил с радикальным брачным законодательством, дойдя в нем даже до курьезной мысли установить всеобщую повинность лиц, находящихся в известном возрасте, состоять в браке и иметь детей (знаменитая Iex Julia et Papia Poppaea). Но это был лишь краткий момент, не оставивший затем никаких следов. «Libera matrimonia esse», «брак должен быть совершенно свободным» – таков был общий лозунг римского государства на всем протяжении его истории.

Такое отношение сказывалось в особенности на вопросе о р а з в о д е. Если при старом браке cum manu прекращение брака зависело от односторонней воли мужа, то в новом свободном браке без manus рядом с ней стала такая же односторонняя воля жены. Брак мог быть прекращен в любой момент не только по взаимному согласию обоих супругов, но и по одностороннему заявлению того или другого из них (вручение разводного письма, libellus repudii). Заявление это рассматривалось как свободный акт частной воли, не требовавший никакого расследования или разрешения со стороны государства. Равным образом для действительности этого акта не требовалось никаких уважительных причин; даже развод без объяснения причин, даже развод по капризу прекращал брачные отношения. Если вопрос об ува-

жительности причин имел известное значение, то не для вопроса о дальнейшем бытии или небытии брака, а для взаимных отношений между супругами после развода: сторона, заявившая развод без основательных причин или подавшая своим поведением повод к разводу, теряла в пользу другой стороны известную часть своего имущества в виде штрафа. Но и только: если супруг не боялся этих имущественных потерь и если брак утратил для него свою неимущественную жизненность, он мог свободно расторгнуть его, не обращаясь ни в какую инстанцию с просьбами о разводе. Римское право считало, что принудительное продолжение брака вопреки воле хотя бы одной стороны глубоко противоречит внутренней природе брачного сожительства, и потому избегало здесь какого бы то ни было вмешательства. Как ни велик интерес государства в прочности семьи, тем не менее, с римской точки зрения, этот интерес не может достигаться путем принуждения к брачному сожительству.

Все это радикально меняется в послеримской истории. Прежде всего на сцену выступает церковь и берет брак под свою исключительную опеку.

В Риме указанное воззрение на свободу брачного союза было настолько сильно, что христианство, даже став господствующей государственной религией, было не в состоянии его преодолеть. Но с превращением Рима в Византию влияние церкви чрезвычайно усиливается; вся область семейственных отношений переходит в ведение церковных судов, и церковь начинает без всяких ограничений проводить в этой области свои воззрения. Общая же сущность этих воззрений заключалась в том, что брак не есть союз только частный; это есть таинство, устанавливающее в принципе неразрывную мистическую связь между супругами и служащее не земным целям супругов, а высшим целям религии и церкви. Быть может, несколько резко, но по существу правильно Max Neustadt следующим образом формулирует точку зрения церкви (в особенности Тертуллиана): никто из отдельных членов семьи – ни муж, ни жена, ни дети – не имеют значения для церкви; как машина является производителем товаров, так и брак есть лишь производитель человеческого рода для потребителя – церкви; только во имя этой цели была провозглашена святость брачного союза[1]. От воли супругов зависело только вступить или не вступить в брак, но раз брак заключен, супруги переставали быть «целевыми субъектами» брачного союза; их интересы исчезали перед высшими интересами церкви и всецело подчинялись этим последним[2].

---

[1] Max Neustadt. Das Eherecht. Kritishe Studien. 1910, стр. 73.

[2] Еще и в настоящее время этот взгляд полностью поддерживается представителями церковного (католического) правовоззрения. Характерны в этом смысле откровенные заявления небезызвестного в юриспруденции иезуита Cathrein'a в его Moralphilosophie 5-te Aufl. Bd. II (1911): «Die Ehe ist also ihrer Natur nach eine Institution, deren Hauptzweck nicht das persönliche

Это принципиальное изменение прежде всего отозвалось, конечно, на вопросе о заключении и прекращении брака.

По римскому праву, заключение брака совершалось простым (даже личным какой-либо формы) соглашением сторон (nudo consensu). Церковь вводит необходимость церковного в е н ч а н и я , вследствие чего заключение брака из акта гражданско-правового превращается в акт церковный. На Востоке необходимость венчания была установлена законом императора Льва 893 г. На Западе же этот вопрос был долго спорен даже между самими учителями церкви и был разрешен в смысле необходимости церковного благословения лишь Тридентским собором 1563 г. Вместе с тем церковь начинает борьбу с невенчанными браками, объявляя их ничтожными, но борьба эта была нелегкой: и на Востоке, и на Западе народное правосознание долго противится этому новому воззрению.

Гораздо решительнее отозвалось влияние церкви на вопрос о расторжении брака.

Не только в Риме, но и у новых народов до появления этого церковного влияния расторжение брака находилось в воле частных лиц. Оно допускалось не только по взаимному согласию обоих супругов, но и по одностороннему решению мужа. Древнейшая семья и здесь, как и у римлян, была построена на односторонней власти мужа, от которой последний мог в любой момент отречься, не испрашивая на то разрешения у каких бы то ни было властей. Конечно, если такое одностороннее расторжение брака было беспричинным, оно являлось обидой для жены и ее родственников и могло навлечь на мужа со стороны этих последних месть (Fehde); но самый брак был все-таки прекращен.

Церковь везде восстала против такой свободы. В то время как церковь восточная допустила развод с ее разрешения хоть по некоторым причинам (прелюбодеяние и т. д.), церковь западная объявила брак абсолютно нерасторжимым, признав в крайнем случае возможность только «разлучения от

---

wohl der Ehegatten, sondern das wohl der menschlichen Art(Gattung), die würdige Erhaltung und Fortpflanzung des Menschengeschlechts ist». – [«Брак, таким образом, по своей природе является институтом, основная цель которого состоит не в личном благе супругов, а в благе человеческого рода (вида), его достойном существовании и продолжении» – нем.] – Конечно, прибавляет он, и личное благо супругов «vom Zweck des Ehebundes nicht ausgeschlossen», но «die Ehe hat an erster Stelle dem wohl der Art zu dienen und nich persönlichen Interessen» [«не исключается из цели брачного союза», но «брак должен в первую очередь служить на благо рода, а не личных интересов» – нем.] (стр. 408–409). Или, наконец, в еще иной форме: «Zweck des menschlichen Lebens auf Erden ist der Dienst Gottes, und Aufgabe der Ehe ist es, die Reihen der Diener Gottes, die sich durch den Tod beständig lichten, auszufullen» – [«Целью человеческой жизни на земле является служение Богу, и задачей брака является пополнение рядов служителей Богу, которые постоянно редеют из-за смерти» – нем.] (стр. 431).

стола и ложа» (separatio quoad mensam et thorum), т. е. установление раздельного жительства без возможности для супругов вступления в новый брак.

Разумеется, борьба и здесь была упорной, но государство было в подчинении у церкви, и церковь, опираясь на весь свой моральный авторитет и пользуясь материальным авторитетом государства, настойчиво проводила свои принципы. Индивид был еще слишком слаб, чтобы противостоять этим двум могущественнейшим «мечам».

Положение вещей несколько изменилось лишь с того момента, когда эти два меча обратились друг против друга, когда государство вступило в период своей эмансипации. Союзная группировка «держав» по необходимости перестроилась: борясь с церковью, государство оказалось вынужденным вступить в союз с индивидом и взять под свою защиту его права.

Эта новая группировка ярко сказалась в эпоху Великой французской революции. Революционное законодательство вернулось к основным принципам римского свободного брака. Закон 1791 г. провозглашает: «La loi ne considére le mariage que comme un contrat civil»*, а закон 1792 г. вводит гражданский брак. Этим самым государство изъемлет брачные отношения из исключительного ведения церкви и вступает на путь самостоятельного, светского брачного законодательства. «Гражданский контракт» брака должен быть заключен не перед лицом церкви, а перед лицом государства: только тогда он может иметь гарантированные государством юридические последствия.

Установление системы гражданского брака уже само по себе обозначало падение целого ряда весьма серьезных ограничений в области брачного права. Упомянем о проводившейся церковью недопустимости браков с инославными, а, в особенности, с нехристианами (например, евреями), о тех препятствиях к браку по родству, которые были растянуты церковью до чрезвычайности, и т. д. В то же время установление светской формы брака приводило к единству и упорядочению гражданско-правовой регистрации браков, дотоле разбросанной по метрическим книгам духовенства разных исповеданий.

За Францией последовали другие страны, и в течение XIX века институт гражданского брака распространился по всей Западной Европе, хотя не везде с одинаковым значением. В некоторых странах (например, в Австрии) он допускается только при невозможности брака церковного (например, браки с нехристианами; это так называемый Notcivilehe); в других (Англия) он предоставляется рядом с церковным венчанием на выбор сторон (так называемый факультативный гражданский брак); но в большинстве западноевропейских государств он установлен как нечто обязательное (обяза-

* [«Закон рассматривает брак только как гражданский договор» – фр.]

т е л ь н ы й гражданский брак). За ним может последовать и церковное венчание, но для возникновения юридических последствий брака оно не необходимо. Россия, конечно, остается в стороне от этого течения; лишь по закону 1874 г. у нас установлено нечто вроде гражданской формы заключения брака для раскольников, не признающих священства.

Равным образом и по отношению к р а з в о д у естественно-правовое и революционное настроение конца XVIII века сказалось движением в пользу его свободы. Во Франции революционный закон 1792 г., кроме целого ряда причин, специально в законе поименованных, допустил развод по взаимному согласию супругов и вследствие несогласия характеров (incompatibilité d'humeur). Точно так же и Прусское Земское Уложение санкционировало обе эти причины, с той, однако, разницей, что развод по взаимному согласию оно допускало только при бездетности, а вместо несогласия характеров оно говорило о «непреодолимом отвращении» (unüberwindliche Abneigung) одного из супругов к другому.

Это было уже значительным возвращением к началам римского права, но скоро началась реакция: отвоевав себе самостоятельность в союзе с индивидом, государство теперь поворачивается против своего недавнего союзника и обнаруживает наклонность занять по отношению к нему такое же властное положение, какое раньше занимала церковь.

Во Франции уже Code Napoléon является ярким выражением этой реакции: он значительно сократил количество поводов к разводу, уничтожил развод по несогласию характеров, и если сохранил (по настоянию Наполеона) развод по взаимному согласию, то лишь обставив его такими условиями, которые делали его практически трудно осуществимым. Реставрационный закон 1816 г. восстановил в прежней мере католический принцип нерасторжимости брака, и лишь закон 1884 г. допустил снова развод при наличности тех причин, которые были указаны в Code civil (adultère, excès ou sévices, injures graves, condamnations criminelles)*, однако уже без развода по взаимному согласию.

Аналогичное попятное движение может быть отмечено и в Г е р м а н и и. В комиссии по составлению проекта общегерманского кодекса позиция Прусского Уложения встретила решительное осуждение, и развод как по взаимному согласию, так и вследствие непреодолимого отвращения был отвергнут. Вследствие этого, по Германскому Уложению 1896 г., развод допускается только при наличности известных определенных причин. Такими причинами признаются: прелюбодеяние, злоумышленное оставление одним

* [прелюбодеяние, злоупотребление или жестокое обращение, тяжкое оскорбление, осуждение по уголовному делу – фр.]

супругом другого и покушение на жизнь; это так называемые «абсолютные» причины развода. Кроме того, возможно расторжение брака вследствие «относительных» причин; таковыми являются неизлечимая психическая болезнь и такое поведение одного из супругов, которое настолько потрясает брак, что делает для другого продолжение его невозможным (§ 1569 и 1568). Последние обстоятельства характеризуются как относительные причины потому, что расторжение брака зависит здесь от оценки конкретного положения со стороны суда.

Оставляя в стороне католические страны (Италия, Испания, Португалия, Австрия), которые продолжают стоять на церковной точке зрения абсолютной нерасторжимости брака, укажем только, что Швейцарское Уложение 1907 г. следует примеру Германского. Указав целый ряд специальных причин для развода (прелюбодеяние, покушение на жизнь, здоровье или честь, преступное или порочное поведение, злоумышленное оставление, неизлечимая психическая болезнь), оно затем в ст. 142 дополняет их некоторой общей «относительной» причиной; брак может быть расторгнут, если наступило столь глубокое потрясение брачного союза, что дальнейшее продолжение его немыслимо («Ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemuthet werden darf...»).

Наконец, что касается нашего русского закона, то он допускает развод только по следующим «абсолютным» причинам: прелюбодеяние, неспособность к супружескому сожитию, сопряженное со ссылкой лишение всех прав состояния, безвестное отсутствие и пострижение бездетных супругов по взаимному согласию в монашество. При этом развод даже по этим специальным причинам разрешается в конечной инстанции не светским, а духовным судом в порядке архаического процесса. Глубокая неудовлетворительность наших законов на этот счет сознавалась русским обществом уже давно, но все ожидания реформы разрешились пока только законом 12 марта 1914 г., которым устанавливается раздельное жительство супругов В силу этого закона, «требование супруга о восстановлении совместной жизни может быть отклонено другим супругом, если совместная жизнь представляется для него невыносимой». Невыносимой же она может быть признана «в случае жестокого с ним или с его детьми обращения другого супруга, нанесения тяжких оскорблений и вообще явного нарушения другим супругом основанных на браке обязанностей, либо явного злоупотребления принадлежащими ему в силу брака правами, либо бесчестного или порочного его поведения, а также в случае, если один из супругов одержим тяжкой душевной болезнью, либо такой прилипчивой и отвратительной болезнью, которая представляет опасность для жизни либо здоровья другого

супруга или их потомства. Сверх сего, совместная жизнь может быть признана невыносимой для жены, если она одержима такой болезнью, при которой продолжение супружеского сожития представляется опасным для жизни или здоровья».

Как видим, везде XIX век отрекся от естественно-правовых идей своего предшественника – даже там, где государство старается стоять вне всяких вероисповедных тенденций. Даже самые прогрессивные в нашем вопросе кодексы – Уложения Германское и Швейцарское – при всей растяжимости их «относительных» причин стоят далеко позади не только римского права, но и благой памяти Прусского Земского Уложения.

Государство взяло на себя ту роль, которую раньше играла церковь. Не интересы супругов как частных лиц, как некоторых «самоценностей» стоят при юридической нормировке брака на первом месте, а интересы чего-то, вне их находящегося. Если церковь охраняла брак как религиозное таинство во имя высших трансцендентных благ, то теперь государство охраняет его как некоторое социальное учреждение во имя таких или иных земных интересов общественности. Брак, говорят «Мотивы» к проекту Германского Уложения, есть некоторый от воли супругов независимый нравственный и юридический порядок («eine von dem Wileen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung»)[1]; он есть важное для государства производительное и воспитательное учреждение («Fortpflanzungs-und Erziehungsinstitution») и как таковое нуждается в особой принудительной охране закона. Таким образом, «замена церкви государством ничего не изменила по существу: ныне святость брака провозглашается в интересах государства»[2]. От воли частных лиц зависит вступить или не вступить в брак, но раз они вступили, они уже не принадлежат себе, так как должны выполнять теперь некоторую, – выражаясь словами Дюги, – «социальную функцию».

Конечно, вопрос о сущности брака и о допустимости разводов составляет одну из труднейших проблем современного права, но надо во всяком случае освободить его от целой массы исторически наросших предубеждений, свести его к ясным принципиальным предпосылкам и тем облегчить его разрешение.

Быть может, наиболее ярким выражением отмеченной выше принципиальной позиции современного законодательства является недопущение разводов по взаимному согласию супругов даже при полной бездетности их. Конечно, в вопросе о допустимости или недопустимости развода играют большую роль соображения об интере-

[1] Motive. IV, стр. 562.
[2] Max Neustadt, l. cit., стр. 73–74.

сах другого супруга и судьбе детей, но в данном случае и те, и другие соображения отпадают: детей нет, а супруги сами желают прекратить брачный союз. И тем не менее закон им этого не позволяет. Почему? Вот что говорят, например, по этому поводу «Мотивы» к проекту Германского Уложения: «При разводе вследствие взаимного согласия выступает в качестве внешнего основания развода исключительно произвол супругов. Вследствие этого возникает опасность, что в населении именно этот произвол будет считаться истинным основанием развода, и уважение к браку, представление о нем как о некотором учреждении, стоящем выше воли супругов и служащем высшим объективным целям, будет подорвано»[1]. Таким образом, брачный союз должен продолжаться даже не для осуществления этих «высших объективных целей», которые стали уже, как о том свидетельствует обоюдное желание супругов разойтись, недостижимы, а лишь для того, чтобы в народе не возникло нежелательного для государства представления о браке. И вот во имя этих предупредительно-воспитательных целей супруги должны принудительно влачить опостылевшее супружеское сожительство или же придумывать средства для обхода закона, создавать видимость какой-либо из законных причин для получения развода.

Не слишком ли, однако, государство натягивает здесь струну своего «трансперсонализма»? Конечно, брак служит не только низменным, но и высшим целям человеческого существования; конечно, он имеет огромное значение в этом смысле и для государства, но не следует забывать того, что таковым он может быть лишь до тех пор, пока он является союзом свободным, пока он не превращается в принудительное учреждение. В противном случае из очага «нравственного порядка» («sittliche Ordnung») он делается очагом нравственной заразы. Превращая брак в клетку, в которую можно свободно войти, но которая тотчас же наглухо запирается, придавая ему характер внешней принудительности, государство этим самым в высокой степени извращает ту обстановку, которая необходима для подлинного развития нравственной стороны брачного союза.

Принуждая супругов даже вопреки их общему желанию продолжать брачное сожительство, государство не возвеличивает, а уничтожает идею брака и вследствие этого вступает в резкий конфликт с развитой личной нравственностью. Для лиц с тонкой нравственной чуткостью брачное сожительство без встречной любви со стороны другого супруга невыносимо, и если государство тем не менее предписывает продолжать это невыносимое сожительство, оно совершает жесточайшее нравственное насилие над лично-

[1] Motive. IV, стр. 567.

ство. Быть может, до поры до времени этому насилию подчиняются, но наступит скоро момент, когда личность решительно против него запротестует.

Конечно, для государства брачный союз важен и как учреждение, созидающее и воспитывающее потомство; но и эта «социальная функция» брака может быть только результатом доброго желания самих супругов. При отсутствии же детей даже эта социальная функция отпадает. Быть может, брак следует все же сохранить в ожидании возможных в будущем детей? Но тогда супруги вправе сказать государству: мы тебе не машина для производства потомства, не забывай и нашей собственной человеческой личности[1].

Последовательным логическим выводом из такого «государственного» представления о браке была бы только его полная нерасторжимость. Если же государство допускает развод в тех случаях, когда внутренняя сущность брака разрушена, – если оно признает, что внутренне мертвый брак не может служить высшим нравственным целям, – то недопущение развода по взаимному согласию супругов является логическим противоречием. И, как мы видели, это противоречие объясняется опасением, как бы в народе не возникла мысль о том, что воля супругов может иметь в этом вопросе какое-нибудь значение. Аргумент, свидетельствующий о чрезвычайно наивном представлении о народе и в то же время выдающий стремление современного государства опекать самую народную мысль. Мы думаем, напротив, что чем отчетливее выяснится перед народным сознанием нынешняя позиция государства, тем скорее она будет осуждена. Чем яснее будет понято, что, с точки зрения современного государства, воля и нравственная личность супругов ничто, тем решительнее будет заявлено: этого не должно быть!

Брак затрагивает столь интимные стороны человеческой личности, столь глубоко проникает в самую нравственную сущность этой последней, что полное игнорирование ее со стороны государства чем далее, тем более будет ощущаться как нечто невыносимое и недостойное. И любопытно, что даже Гирке, не щадивший выражений для того, чтобы клеймить «индивидуалистические» и «романтические» тенденции германского проекта, признавал тем не менее решение этого последнего относительно недопустимости развода по взаимному согласию неправильным и, с общественно-нравственной точки зрения, вредным[2].

---

[1] Ср. Bentham. Traité de législation. T. II, p. 216. «Vivre sous l'autorité perpétuelle d'un homme qu'on déteste c'est déjà un esclavage. Etre contrainte de recevoir ses embrassements, c'est un malheur trop grand pour avoir été toléré sous l'esclavage même. On a beau dire que le joug est réciproque: la réciprocité ne fait que doubler le malheur». – [«Постоянно пребывать во власти мужчины, к которому питаешь отвращение, – уже рабство. Быть принужденной терпеть его объятия – еще большее несчастье, чем само рабство. И как бы не говорили, что под гнетом находятся оба, это не может утешить: ведь взаимное страдание лишь удваивает несчастье» – фр.]

[2] Entwurf und das deutsche Recht., стр. 449.

Но пойдем далее и посмотрим, в какой степени нынешнее стеснение свободы разводов оправдывается интересами другого супруга, причем для лучшего уяснения этой стороны дела предположим снова случай бездетности.

Что говорит против расторжения брака не только при взаимном согласии обоих супругов, но даже и в случае решительного желания одного из них? Может ли государство принудительно создать другому надлежащее, достойное этого имени брачное сожительство, может ли оно вдохнуть в брачную связь ее отлетевшую душу? Не только души, но даже и внешности брака оно восстановить не может: было, правда, время, когда государство путем насильственного привода водворяло жену в дом мужа, но ныне во всех культурных государствах этот привод оставлен. Таким образом, муж может уйти от жены, жена от мужа, и право не берет на себя восстановления даже формы супружеского сожительства. Что же остается? Только некоторая юридическая связь между разошедшимися супругами, некоторая тяжелая цепь, которая, как каторжные наручники, тянется затем за обоими всю жизнь. Для чего и для кого она нужна? Ни для кого: ее единственное значение может заключаться только в том, что ни тот, ни другой из супругов не может вступить в новый брак. Но сторона, неповинная в расхождении, страдает от этого без вины; сторона, пожелавшая уйти, страдает как бы в отместку. Однако едва ли такая отместка достойна культурного законодательства, едва ли превращение брачной связи в пожизненное наказание способно возвысить идею брака. С другой стороны, невозможность вступления в брак для обоих супругов влечет за собой часто возникновение незаконных сожительств со всеми их тяжелыми моральными и социальными последствиями. Искупаются ли все возникающие в этих случаях тяжкие страдания лиц неповинных абстрактным сохранением идеи брака как некоторого независящего от интересов конкретных лиц «нравственного порядка»? Мы думаем, что нет. Как бы ни дорога была для государства прочность семейного союза, оно должно признать, что эта прочность не может быть создана принуждением, что она может явиться только результатом добровольной деятельности самих заинтересованных лиц. Улучшая условия общественной жизни, устраняя разнообразные социальные причины, влияющие разрушающим образом на крепость брачных связей, государство сделает неизмеримо больше для оздоровления семейного строя, чем упорным провозглашением нерасторжимости брака. К тому же, чем далее, тем более такое провозглашение делается простым самоуслаждением закона: закон считает существующим то, чего в действительности уже давно нет.

Конечно, в случае прекращения брака по одностороннему решению одного из супругов другой имеет право требовать постановления его в такое

имущественное положение, в каком он находился бы при браке – имеет право требовать соответствующего содержания и т. д.; но и только. Дальше этих вопросов имущественного характера государству в нашей области делать нечего.

Наконец, возьмем и тот случай, когда есть дети. Действительно ли принудительное продолжение брака соответствует интересам детей? И в этом позволительно усомниться. Если естественное чувство любви к детям оказывается бессильным, чтобы удержать родителей от разрыва, то, думается, что и здесь принудительные меры ничему не помогут. Думается, что мирная жизнь с одним из родителей все же здоровее для душевного развития детей, чем пребывание с обоими, но в атмосфере постоянной холодности, раздражения, а, может быть, и крайне тяжелых сцен[1]. Кто знает, какие мучительные конфликты могут возникать в душе ребенка, невольного свидетеля всяческих столкновений между отцом и матерью? Кто может учесть их влияние на все миросозерцание, на всю психологию формирующейся души? Во всяком случае и здесь что может сделать государство для восстановления нормального семейного строя? Может ли оно переделать душу супруга, утратившего супружескую привязанность? Может ли оно даже вернуть его физически в семью, если он ее оставит? Ни то, ни другое: семья все равно будет фактически разрушена, оставив после себя только ту же юридическую каторжную цепь, о которой только что было сказано. Нужна ли она детям? Очевидно, нет. Старое зло останется неисправленным, к нему прибавится только новое. Единственное, что доступно праву и здесь, это только установление материального обеспечения для оставленой семьи.

Но, говорят, легкость разводов будет способствовать легкомысленному заключению браков. Как будто легкомыслие считается с какими-нибудь соображениями! Но и, кроме того, с этой точки зрения, принудительное продолжение брака является какой-то карой за легкомыслие и устрашительным средством воздействия на других. А можно ли говорить о высокой идее брака, о его нравственном значении, раз мы превращаем его в какое-то своеобразное карательное средство?

Без сомнения, установление свободы разводов вызовет известное (а первое время, быть может, дает значительное) увеличение их количества. В ряду аргументов против такой свободы довольно видное место занимает статистика вообще и, в частности, статистика разводов во Франции в ближайшие годы после упомянутого выше закона 1792 г. Но что обозначают все подобные статистические данные? Они только раскрывают перед нами подлинные размеры уже существующей семейной расшатанности, и было бы большой

[1] Ср. Bentham, l. cit., p. 222.

наивностью думать, что запрещение разводов эту расшатанность устраняет. Оно только вгоняет болезнь внутрь, оно только скрывает ее от глаз закона, создает обманчивое впечатление большего или меньшего социального благополучия. Но не следует принимать этого впечатления за реальность. Сочтите все брачные союзы, фактически расторгнутые, сочтите все незаконные сожительства – и только тогда вы получите подлинную картину семейной жизни в каждом данном обществе. Юридическая квалификация этих сожительств ни на йоту не может изменить реального положения дел; продолжая считать браки, фактически прекратившиеся, за существующие и фактически существующие – за ничто, мы только тешим себя вредной иллюзией[1].

Оборотной стороной этой иллюзии являются чрезмерные страхи. Часто кажется, что с установлением свободы разводов весь семейный строй рухнет до основания. Но вспомним всю историю старого Рима. Ни одно из современных законодательств не знает такой свободы разводов, какая существовала в Риме, и тем не менее римская семейная жизнь едва ли была менее прочной и устойчивой, чем наша современная. Правда, были в римской истории моменты, когда семейные устои приходили в крайнее колебание (вышеупомянутый конец республики), но, во-первых, и в эти моменты кризис семьи был только отражением общего социального кризиса, а, во-вторых, самый тогдашний развал семьи был едва ли больше, чем тот, который мы наблюдаем в настоящий момент в больших городах Европы. Проходил критический момент в социальных условиях, и семейная жизнь сама собой снова налаживалась. Конечно, в верхах общества, в придворных и аристократических кругах, она никогда не была образцовой, но здоровые средние и трудящиеся классы римского общества никогда не страдали от принципов свободного брака. В этом отношении история римского брачного права является в высшей степени поучительной: был, по крайней мере, один народ, который знал полную свободу разводов и который от этого не погиб. Правда, он сошел со сцены, но едва ли найдется историк, который припишет гибель античного мира слабости его семейных устоев.

Мысль о том, что брачный союз только тогда может выполнять свою высокую миссию, когда он внутренне здоров, не чужда, конечно, и современным кодексам; она сказывается в особенности в тех статьях Германского и Швейцарского Уложений, которые устанавливают так называемые «относительные» причины развода. Бесспорно, по сравнению с другими нынешни-

[1] Ср. B e n t h a m , l. cit., p. 218. «Rendez les mariages dissolubles, il y aura plus de séparations apparentes, et il y aura moins de séparations réelles». – [«Разрешите разводы, и мнимых разрывов будет больше, а подлинных – меньше» – фр.] – C r u e t . La vie du droit, p. 130. «La loi manquerait simplement de sincérité si elle affirmait l'indissolubilité du mariage». – [«Закон, утверждающий незыблемость брака, был бы попросту неискренним» – фр.]

ми законодательствами эти статьи представляют значительный шаг вперед, однако присмотримся к ним поближе.

Что, в самом деле, обозначает употребляющееся в них выражение «столь глубокое потрясение брака («eine so tiefe Zerrüttung»), что дальнейшее продолжение брачного сожительства не может уже быть вменено другому супругу в обязанность»? Кто будет судить о том, наступила ли уже соответственная степень потрясения или нет? Судить об этом будет суд. Какие мерки он будет применять при этом? Предположим, что он постарается отвлечься от своих субъективных представлений о сущности брака и захочет прибегнуть к объективным воззрениям социальной среды («gemäss der allgemeinen sittlichen Auffassung», – говорит E. H u b e r)[1]. Но и тогда положение супруга, ищущего развода, может оказаться трагичным в двояком отношении. Во-первых, для того, чтобы получить санкцию суда на развод, супругу необходимо будет посвятить суд во всю интимную драму своей жизни, обнажить все язвы истерзанной души, раскрыть все то, что, быть может, хотелось бы навсегда спрятать от постороннего взора. А, во-вторых, все это может оказаться напрасным: суд, быть может, признает, что вся эта субъективная драма, с объективной точки зрения нравов данной среды, не заслуживает внимания. Муж бьет? Ну что ж такое: в вашем кругу это постоянно случается; другие терпят, потерпите и вы! Что за дело суду до того, что для данной конкретной личности именно эти-то дикие нравы среды делают всю дальнейшую жизнь невозможной? Снова интимнейшие интересы живой конкретной личности приносятся в жертву какой-то сомнительной типичности...

Вот на какой идее построены все эти, повторяем, самые либеральные в настоящее время бракоразводные нормы. Брак будет признан «глубоко потрясенным» не тогда, когда это почувствовали сами заинтересованные лица, а тогда, когда это найдет некоторая внешняя, чуждая инстанция. Но кому же лучше знать, перейден ли предел терпения или нет – суду или тем лицам, которые должны будут затем, по его приговору, влачить опостылевшее совместное существование? Или государство становится здесь на точку зрения нашего русского старозаветного правила «стерпится – слюбится»?

Римское право было далеко от подобных сомнительных соображений и «объективных» оценок; оно чувствовало всю неуместность какого-либо объективного контроля в столь субъективной сфере чувства и предоставляло решение вопроса самим сторонам. И, думается, что самое сознание того, что это решение находится всегда в их руках, создавало для супругов хорошую психологическую и нравственную школу: оно приучало супругов ко взаимному уважению и деликатности, оно гарантировало добрые семейные нравы

[1] Erläuterungen zum Vorentwurf, стр. 134.

в гораздо большей степени, чем внешний полицейский надзор современного государства.

Область брачных отношений – одна из тех областей, где идет дело о самых интимных, самых внутренних сторонах человеческой личности, и не нужно быть пророком, чтобы предсказать для будущего дальнейшее движение всякого культурного законодательства по тому пути, на котором далеко опередило нас старое римское право. Вырастающая и делающаяся более чуткой личность употребит все усилия, чтобы приобрести себе свободу духа, и не положит оружия до тех пор, пока не отвоюет ее у государства. Именно во имя внутренней святости брака она протестует против внешнего принуждения, как во имя святости религиозного чувства она протестовала против всяких религиозных стеснений. В истинном брачном соединении двух лиц есть подлинный элемент религиозного настроения, и если некогда церковь взяла брак под свое ведение, если она объявила его таинством, то в значительной мере опираясь на это психологическое явление. Но именно потому, что брак в идеале своем содержит элемент религиозного чувства, что он есть некоторое л и ч н о е таинство двух душ, он не может выносить никакого внешнего принуждения и вмешательства.

* * *

То или иное представление о сущности брака влияет, конечно, и на дальнейший трудный вопрос семейственного права – на вопрос о взаимных отношениях между супругами в о в р е м я б р а к а.

Мы видели, что римское право совершило в этом отношении огромный принципиальный прыжок: от патриархальной идеи безусловной власти мужа над женою оно перешло сразу к идее полной супружеской равноправности и независимости. Развитие права новых народов такого исторического прыжка не знало; перестроение отношений между супругами совершалось здесь путем медленной и постепенной эволюции.

Как нам приходилось уже упоминать, и у новых народов древнейшая семья покоилась на начале юридически безусловной в л а с т и мужа над женой. Во взаимных отношениях муж был субъектом этой власти, а жена – ее объектом. Супружеские отношения мыслились под углом зрения одностороннего п р а в а м у ж а н а с а м у ю л и ч н о с т ь ж е н ы.

С течением времени, однако, положение дела меняется: право начинает понемногу признавать жену личностью, подлежащей охране закона. Права мужней власти подвергаются ограничениям: запрещается произвольное убийство жены, продажа ее и т. д.; с другой стороны, за мужем начинают признавать и известные обязанности. Мало-помалу соотношение между эти-

ми правами и обязанностями изменяется настолько, что самая власть мужа начинает рассматриваться под углом зрения естественной о п е к и мужа над женой: самые права мужа конструируются как необходимые средства для осуществления мужем лежащей на нем общей обязанности опеки. Так наступает вторая принципиальная стадия в эволюции супружеских отношений; но развитие права на ней не остановилось.

По мере того, как устанавливается в гражданском праве равенство полов, идея опеки теряет под собой почву. Она была естественна в ту пору, когда женщина вообще должна была всю жизнь находиться под чьей-нибудь защитой и опекой (отца, ближайших родственников), но она утрачивала свой смысл с того момента, когда женщина была признана наравне с мужчинами вполне дееспособной. На каком основании женщина, дотоле дееспособная, должна была утрачивать свою дееспособность с выходом в замужество? Утрачивала ли она с замужеством способность разумения или необходимую для гражданско-правовой деятельности зрелость воли? Очевидно, нет, а вследствие этого не было основания и для мужней опеки.

Однако, с другой стороны, семья создает известное единство жизни, создает общее хозяйство, общие интересы дома; для осуществления этой общности, очевидно, необходимо и некоторое единство в руководстве общей жизнью. Из двух лиц, стоящих во главе семьи, мужа и жены, право передает указанное руководство мужу, и таким образом взаимные отношения между мужем и женой начинают определяться новым принципом – принципом г л а в е н с т в а м у ж а в о б щ е с е м е й н ы х д е л а х. Это главенство, в идее, уже отнюдь не является ни властью над женой, ни опекой над ее личностью; оно просто право преимущественного решения общесемейных вопросов.

На этой последней принципиальной ступени и стоят новейшие европейские кодексы. Однако нужно сказать, что все прежние пережитые стадии оставляют еще до сих пор свои следы то в отдельных законодательных нормах, то в способе толкования их судебной практикой и литературой. В одних странах таких переживаний прошлого больше, в других меньше – но в известной степени они есть везде; лишенные своей прежней принципиальной опоры, они продолжают еще оказывать свое влияние там, где им удается ускользать от контроля нашего сознания.

Мы не станем входить в отдельное рассмотрение взаимных супружеских «прав и обязанностей», как они перечисляются в том или другом законодательстве, а ограничимся из этой области только тем, что имеет наиболее существенное принципиальное значение.

Основная «обязанность», которая возникает для супругов вследствие заключенного ими брачного соглашения, состоит в обязанности с у п р у -

жеского сожительства. Но в какой мере право может гарантировать одному из супругов исполнение этой обязанности другим?

Очевидно, о прямом принуждении к выполнению этой обязанности средствами государственной власти не может быть речи: даже самые некультурные законодательства понимают, что какое-либо постороннее вмешательство в этом направлении и этически, и физически недопустимо. Следовательно, вопрос может ставиться только о регулировании внешней стороны этого супружеского сожительства. Но что может сделать государство даже в этом последнем отношении?

Первое внешнее условие, которое необходимо для осуществления основного содержания брака, заключается, конечно, в совместном жительстве супругов, в пребывании их в одном и том же месте. Отсюда обычные определения законодательств, что жена обязана следовать за мужем, что местожительство жены определяется местожительством мужа и т. д. Но какова юридическая санкция этой обязанности? Что может сделать государство в том случае, если один из супругов от совместного жительства уклоняется, если, например, жена ушла от мужа и не желает возвращаться? Нам уже приходилось упоминать, что в прежнее время прибегали в таких обстоятельствах даже к насильственному приводу жены в дом мужа, но что современное право от такого насильственного водворения отказывается. «Применение принудительных мер для восстановления супружеского сожительства, – говорят по этому поводу «Мотивы» к германскому проекту, – несовместимо с существом брака как союза по преимуществу нравственного, покоящегося на внутреннем настроении супругов («auf der ehelichen Gesinnung»). Кроме того, опыт свидетельствует, что подобные меры в большинстве случаев не имеют никакого практического значения и только усиливают взаимное раздражение между супругами»[1].

Этот отказ от применения принудительных мер имеет огромное принципиальное значение: в нем, поистине, нельзя не усмотреть крупнейшей победы личности над всемогущим государством: все оно со своим убеждением относительно объективной «надиндивидуальной» сущности брака и со своим всесокрушающим аппаратом власти оказывается морально бессильным перед словесным протестом одиночной маленькой личности – по большей части запуганной и истерзанной жизнью женщины. Властное слово закона умолкает перед решительным заявлением человека «не могу».

Отказываясь от такого прямого принуждения, некоторые законодательства удерживают еще те или другие косвенные средства для того, чтобы оказать давление на жену (но не всегда на мужа!). Так например, у нас в России

[1] Motive. IV, стр. 109.

таким косвенным средством в силу наших паспортных правил мог служить для мужа отказ жены в своем согласии на выдачу ей отдельного вида на жительство: лишив ее этого последнего, муж мог поставить жену в невозможность жить где бы то ни было, кроме его дома. Однако такое положение вещей уже давно приводило к вопиющим последствиям и к самым разнообразным отступлениям от строгой буквы закона. Ныне оно законом 12 марта 1914 года о раздельном жительстве супругов вовсе уничтожено.

Довольно решительные косвенные меры известны французскому праву. По просьбе мужа суд может обязать жену возвратиться домой под угрозой известных имущественных штрафов; кроме того, муж может просить о предоставлении ему права секвестровать доходы жены от ее личного имущества. Средства, конечно, очень сильные: при последовательном осуществлении их жена может оказаться лишенной всяких средств к существованию; но тем не менее и они лишены надлежащей действительности: если жена не испугается этого имущественного давления, государство вернуть ее будет не в состоянии. К тому же все подобные средства имеют много сомнительного: не достигая своей цели, они гораздо чаще могут служить для предосудительного вымогательства со стороны мужа, чем для восстановления брачного сожительства.

Таким образом, в большинстве современных законодательств каких-либо средств гарантировать совместное жительство супругов не существует, и в конечном счете единственной санкцией обязанности к совместному жительству является только предоставление оставленному супругу права требовать на этом основании развода или раздельного жительства.

К тому же выводу приводит и вторая дополнительная обязанность супругов, именно обязанность супружеской верности: если мы оставим в стороне уголовное наказание за прелюбодеяние, то и здесь единственной гражданско-правовой санкцией является тот же развод.

Таким образом, так называемые личные обязанности супругов по самому существу таковы, что они ускользают от контроля и воздействия со стороны права, свидетельствуя этим полную справедливость римского лозунга «libera matrimonia esse». В то же самое время мы наглядно убеждаемся в том, насколько невозможно для настоящего времени говорить о каком-либо праве мужа на самую личность жены или жены на личность мужа, насколько неверно утверждение, будто в супружеских отношениях супруги являются объектом права друг для друга. Брак создает не отношения субъектов к объектам, а своеобразные, в основе своей для права неуловимые отношения между двумя субъектами. Положение мужа или жены есть не столько положение субъективного управомочия или обязанности, сколько известное гражданско-правовое состояние (status).

В принципе, как мы сказали, современное право представляет себе брак как союз двух самостоятельных и равноправных личностей; если муж имеет известное преимущество, то лишь постольку, поскольку его голосу дается перевес в общесемейных делах. В этом только и заключается смысл изречения, что муж есть глава с е м ь и .

Однако определение более точных границ этого главенства, отграничение «общесемейных» вопросов от личных вопросов жены представляет на практике чрезвычайные трудности, и именно при решении этого вопроса мы встречается с многочисленными отголосками пережитых стадий власти и опеки мужа над женой. Может ли жена вести какие-либо знакомства без разрешения мужа, может ли муж контролировать ее переписку и т. д.? Вот вопросы, которые со всей серьезностью дебатируются в современной западноевропейской юриспруденции и которые часто решаются в смысле самых широких прав мужа. Но очевидно, что при подобных условиях равенство жены легко может сделаться иллюзорным; самая юридическая дееспособность жены может превратиться в nudum jus*, раз муж имеет право запретить жене видеться с кем-либо, кроме него, или переписываться с кем-либо без его разрешения. Где же гарантия против подобного извращения мужем своего главенства в общесемейных делах?

С точки зрения новейших законодательств, единственной защитой для жены является признание чрезмерных притязаний мужа «з л о у п о т р е б л е н и е м п р а в о м». Так например, § 1354 Германского Уложения, указав, что мужу принадлежит решение всех общесемейных вопросов, прибавляет затем: «Жена не обязана подчиняться решению мужа, если это решение представляет злоупотребление правом». Но здесь мы встречаемся снова с теми же затруднениями, которые были отмечены выше.

Во-первых, есть ли в тех или других действиях мужа злоупотребление правом или нет, этот вопрос призван решать суд, который, конечно, будет применять те или другие абстрактные мерки. Между тем и здесь дело идет о таких сторонах супружеской жизни, которые имеют огромное чисто субъективное значение. Если вообще в семьях данного общественного круга нравы таковы, что муж контролирует знакомства или переписку жены, то для известной конкретной личности самое покушение мужа на подобный контроль может обозначать уже «глубочайшее потрясение» самого существа брака. Абстрактная мерка «злоупотребления правом» не защитит этой нетипичной личности и передаст ее в жертву юридическому шаблону.

Во-вторых, даже признав наличность злоупотребления правом со стороны мужа, суд не имеет возможности оградить жену от продолжения того же

* [«голое право» – лат., т. е. право, осуществление которого не обеспечено.]

злоупотребления. Любопытна, впрочем, следующая попытка Швейцарского Уложения. Статья 169 говорит, что если один из супругов не исполняет своих обязанностей или своим поведением ввергает другого в опасность или позор, тот последний может обратиться с просьбой о помощи к суду («den Richter um Hilfe angehen»). Судья должен напомнить виновному о его обязанностях и при безуспешности напоминания может принять необходимые для охраны супружеского союза в законе предусмотренные меры. Эти же последние указываются в следующих ст. 170 и 171 и состоят в том, что супруг может на время прекратить совместное жительство, а судья определяет тогда размеры того содержания, которое обязан выдавать виновный супруг другому; сверх того, судья может предписать должникам виновного мужа производить платежи не ему, а жене.

Все эти меры, как видим, касаются только имущественной стороны брака и являются не чем иным, как лишь известным регулированием вопроса о содержании (alimenta). Единственной же реальной гарантией для жены против злоупотреблений со стороны мужа является все тот же уход от него («den gemeinsamen Haushalt aufzuheben») с возможностью в дальнейшем требовать развода[1].

Таким образом, в конце концов и современное право после всяких попыток поставить суд над мужем и женой в качестве некоторой посреднической и контролирующей инстанции должно будет признать всю неудовлетворительность и беспомощность этой инстанции. Личные супружеские отношения таковы, что они не допускают никакого внешнего вмешательства: супружеские «обязанности» могут быть выполняемы только добровольно. При их невыполнении единственным судьей может быть только другой супруг. Если это невыполнение для него субъективно невыносимо, он может требовать только одного – именно освобождения и себя от обязанностей, т. е. прекращения брака. Римское право отлично понимало это, и при признаваемой им полной свободе разводов все указанные выше затруднения и вопросы для него не существовали: есть ли или нет злоупотребления супружескими правами, возможно ли или нет дальнейшее продолжение супружеского сожительства, – все это решали сами заинтересованные лица, а не какая-либо внешняя, чуждая им инстанция. Думается, что медленно и с трудом, но к тому же идет и право новейших народов.

* * *

[1] Ср. Rossel et Mentha Manuel du droit civil suisse. I, стр. 242 и сл.

Постепенное освобождение личности жены и перестроение супружеских отношений на началах равноправности не могло, конечно, не отразиться и на эволюции имущественных отношений между супругами.

Мы видели, что Рим с созданием свободного брака без власти сразу перешел от системы подчинения имущества жены мужу к системе имущественной раздельности. Каждый из супругов сохраняет в браке свою полную имущественную правоспособность и дееспособность; каждый из них имеет свое собственное имущество, которым пользуется и распоряжается, не испрашивая разрешения у другого. В обычае было, конечно, что жена или ее родители при самом заключении брака выделяли известное имущество мужу в помощь для несения общих издержек семейной жизни (такое имущество называлось приданым, dos), но такое выделение было необязательно. Если приданое было, то, кроме указанной главной функции, оно имело и другую: оно служило для мужа известной имущественной гарантией на случай неосновательного развода со стороны жены. Вследствие этого позднейший обычай требовал, чтобы и муж, в свою очередь, выделял жене равноценную часть своего имущества в виде такой же гарантии для нее (так называемое donatio propter nuptias*). Между мужем и женой могли существовать такие же имущественные отношения, как между всякими частными лицами вообще; лишь дарения между супругами были воспрещены: для того, говорят памятники, чтобы любовь одного супруга к другому не могла явиться почвой для имущественных вымогательств со стороны этого последнего. Такова была в своих основных чертах римская система имущественных отношений между супругами.

Новые народы, как сказано, римского исторического прыжка от одного брака к другому не знали; междусупружеские отношения у них эволюционировали с большей постепенностью, но в то же время и с большей медленностью. Конечно, переход от идеи власти мужа над женой к идее опеки над ней и затем к идее простого первенства мужа в общесемейных делах вел за собой и соответствующее перестроение имущественных отношений, но часто это перестроение запаздывает, вследствие чего мы имеем в этой области еще больше остатков пережитых стадий, чем даже в области отношений личных.

Периоду власти мужа над женой соответствует система подчинения имущества жены мужу: все то, что жена имела до брака, и все то, что ей каким-либо образом доставалось во время брака, переходило в полную собственность мужа. Эта система, конечно, должна была исчезнуть с отпадением начала власти, но она тем не менее еще долго держалась в неко-

* [дарение вследствие брака – лат.]

торых странах: в Англии, например, она была отменена только в 1882 г., уступив свое место системе раздельности.

В большинстве же западноевропейских стран переход к идее опеки и затем к идее главенства мужа вызвал уже довольно рано существенное ослабление имущественных прав мужа; но так как этот переход совершался в разных странах с разными модификациями, то историческое развитие привело в Европе к чрезвычайному разнообразию семейно-имущественных систем. Достаточно сказать, что в одной Германии перед новым уложением насчитывалось свыше сотни различных комбинаций. Одни из этих систем проводят идею равенства сильнее, другие слабее; в одних слышатся еще отзвуки мужней опеки и даже власти, меж тем как другие более решительно проникаются началом супружеской равноправности и независимости. Нет возможности излагать все эти системы в отдельности, поэтому укажем лишь их основные типы.

В принципе почти все современные законодательства признают полную правоспособность и дееспособность замужней женщины; лишь некоторые сделки жены – именно те, которые непосредственно затрагивают супружеское сожительство, например, договор личного найма, – нуждаются в согласии мужа. Однако некоторые законодательства идут значительно дальше. Так например, Code civil принципиально стоит еще на точке зрения опеки: ст. 1124 прямо называет замужнюю женщину недееспособной (incapable) наравне с несовершеннолетними и безумными; лишь известные, сравнительно маловажные сделки она может заключать самостоятельно; для всех же остальных необходимо согласие мужа. «Неспособность для нее – правило, способность – исключение» (P l a n i o l). Однако такое устарелое положение уже в самой Франции давно вызывает осуждение и, конечно, в более или менее близком будущем обречено на исчезновение.

Гораздо более разногласий между современными законодательствами мы встречаем в вопросе об организации имущественных отношений внутри семьи. Основными типичными решениями этого вопроса являются следующие:

а) С и с т е м а п о л н о й и м у щ е с т в е н н о й о б щ н о с т и (allgemeine Gütergemeinschaft): в момент вступления в брак все отдельные имущества мужа и жены со всеми требованиями и долгами делаются общими; равным образом считается общим и все то, что каждым из супругов приобретается во время существования брака. Однако пока длится брак общее имущество находится в управлении и пользовании мужа: следовательно, с выходом замуж жена теряет право на получение доходов даже с ее прежнего собственного имущества. Таким образом, участие жены в собственности на

общее имущество во все время брака ни в чем не проявляется; оно скажется только по прекращении брака, да в случае несостоятельности.

b) Система частичной общности (partielle Gütergemeinschaft): общим делается не все имущество супругов, а только некоторые виды его. Таковыми являются чаще всего движимое имущество супругов (Farnissgemeinschaft) или же имущество (как движимое, так и недвижимое), приобретенное после брака (Errungenschaftsgemeinschaft). При этом управление и пользование общими имущественными комплексами находится в руках мужа, но, сверх того, иногда ему же принадлежит управление и собственными имуществами жены.

c) Система управления и пользования мужа (так называемая Verwaltungsgemeinschaft): имущества, принадлежавшие жене до брака или приобретенные ею во время брака, остаются ее собственностью, но находятся в управлении и пользовании мужа (ususfructus maritalis).

При этом в европейских законодательствах обыкновенно одна из этих систем устанавливается в качестве законной и предполагаемой (Code civil признает таковою систему частичной общности, Германское Уложение – систему управления; точно так же и Швейцарское Уложение, называя ее системой «Güterverbindung»), но затем супругам предоставляется определить в брачном договоре (с занесением в публичный реестр) свои имущественные отношения и иначе выбрать какую-либо иную систему.

Все описанные системы «общности» оправдываются обыкновенно тем, что они лучше всего соответствуют идее брачного союза как некоторого семейного единства. С этой точки зрения на Западе широко распространено отрицательное отношение к римской системе раздельности, как и вообще к римскому построению свободного брака «без власти». Однако как самое теоретическое обоснование «общности», так, в особенности, ее практическое осуществление способны вызывать самые решительные сомнения.

Прежде всего, с точки зрения идеальной общности супружеской жизни, наиболее соответственной представлялась бы система полной имущественной общности; между тем мы видели, что новейшие кодексы усваивают не эту систему, а другие, более ограниченные. Кроме того, об «общности» для жены можно говорить при этих системах разве лишь в ироническом смысле: для нее эта «общность» состоит в том, что во все время супружеского сожительства она не имеет ни копейки собственных денег даже при наличности большого, только ей принадлежащего имущества: все оно находится ведь в управлении и пользовании мужа.

Недаром уже B ä h r , критикуя первый проект Германского Уложения, называл эту систему «системой мужского эгоизма» (System des Mannesegoismus). Равным образом и в рейхстаге эта система вызывала весьма энергичные

возражения: не только социал-демократы во главе с Бебелем, но и свободный консерватор Штумм горячо протестовали против этой системы, рекомендуя заменить ее системой раздельности. Даже при браках хороших, говорил в частности Штумм, жена все время находится в унизительном положении, завися в каждой копейке от мужа, при браках же плохих эта система может являться источником самых вопиющих злоупотреблений. Тем не менее рейхстаг санкционировал эту систему как нечто соответствующее германскому национальному духу.

Быть может, эта система оправдывается тем, что издержки семейной жизни прежде всего несет муж? Также нет, так как пользование мужа не стоит ни в какой связи с семейными издержками: доходы, получаемые мужем от имущества жены, могут значительно превышать эти издержки, и тем не менее жена не получает ни копейки. Очевидно, что эта система может быть понята лишь как остаток старого порядка вещей, когда муж был не только главой с е м ь и , но и властелином н а д ж е н о й , над ее личностью и ее имуществом.

Есть, конечно, еще и в настоящее время принципиальные защитники этой системы, но часто самые аргументы их выдают непоправимую слабость их позиций. Так например, такой крупный цивилист, как Д е р н б у р г , в оправдание этой системы ссылается на то, что она все же представляет некоторый противовес против распространяющейся в последнее время тенденции к безбрачности, против повального «бегства от брака»[1]. Пользование имуществом жены оказывается таким образом в роли премии для мужа, в роли некоторой приманки для молодых людей наложить на себя узы Гименея; для жены же это неизбежная плата за счастье быть замужней. Если дело, действительно, доходит до таких приманок, то о «святости брака» говорить не приходится. Если основной заботой римского права было то, чтобы браки не стали «продажными» (ne venalicia essent matrimonia), то теперь эта «продажность» прямо санкционируется.

Не удивительно поэтому, если лагерь защитников подобной «общности» все более и более редеет, а система раздельности, напротив, завоевывает себе симпатии. Мы упомянули уже о том, что с 1882 г. она делается законной системой в Англии; равным образом она принята уже в Италии. Даже Франция и Германия вынуждены были в последнее время сделать частичные уступки: за женой признано независящее от мужа право на все, приобретенное ею собственным трудом. Думается, что в недалеком будущем эти частичные изъятия превратятся в общее правило, и система имущественной раздельно-

[1] D e r n b u r g . Das bürgerliche Recht. Bd. IV (1903), S. 123.

сти, единственно соответствующая началу равенства и независимости супругов, станет нормальной системой всех культурных стран.

По счастливой исторической случайности наше р у с с к о е право, вообще отставшее от права западноевропейского, в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что «браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность» (ст. 109 I ч. X т. Свода Законов). «Супругам дозволяется продавать, закладывать и иначе распоряжаться собственным своим имением прямо от своего имени, независимо друг от друга и не испрашивая на то взаимно ни дозволительных, ни верящих писем» (ст. 114). Таким образом, полная имущественная раздельность составляет ясный принцип нашего отечественного права. Когда и каким образом установился у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и спорный; но важно во всяком случае то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше.

* * *

Наконец, с аналогичной эволюцией в смысле освобождения личности мы встречаемся и в области о т н о ш е н и й м е ж д у р о д и т е л я м и и д е т ь м и.

В древнейшее время, как было уже упомянуто, и эти отношения строились на принципе абсолютной и односторонней в л а с т и отца (patria potestas): во взаимных отношениях к отцу дети были не субъектами, а объектами; сами по себе они не обладали никакой правоспособностью. Власть отца была юридически ничем не ограниченным правом на самую личность дитяти и на все его имущественные приобретения. В самый момент рождения дитяти отец имел право выбросить его или же даровать ему жизнь; в течение всего дальнейшего времени он имел право жизни и смерти, право продажи и т. д. Никакого контроля над отцовской властью со стороны какой-либо внешней инстанции старый патриархальный строй не допускал, если не считать неюридического контроля религии или общественного мнения.

Но затем и здесь начинается эволюция. Подобно тому, как жена малопомалу выбивается из охватывающей всю ее личность патриархальной оболочки, так же точно выбиваются за ней и дети. Медленно и по частям, но все же право начинает признавать за ними собственную правоспособность, начинает рассматривать их как с у б ъ е к т о в, нуждающихся в охране не только на внешнюю сторону, но и внутри семьи. Личность детей берется под защиту права, которое устанавливает ряд ограничений для отцовской власти: запрещается убийство детей, продажа их и т. д. Вместе с тем возникает представ-

ление о том, что власти отца соответствуют и известные о б я з а н н о с т и его по отношению к детям (обязанность воспитания, содержания и т. д.), последствие чего самые эти отношения приобретают уже в значительной степени характер двухсторонний.

Чем далее, тем более этот элемент обязанности выступает на первый план, и понятие отцовской власти начинает уступать место идее отцовской опеки: самые родительские права начинают рассматриваться лишь как оборотная сторона родительских обязанностей. Отец признается в принципе лишь естественным опекуном своих детей, а его права – лишь средством, необходимым для выполнения лежащих на нем опекунских обязанностей.

Таково общее направление развития, но оно у разных народов совершается не с одинаковой скоростью и не с одинаковой отчетливостью, вследствие чего мы и здесь в современных законодательствах находим многочисленные переживания старых порядков. При этом любопытно отметить известную иррациональность развития: нередко законодательства, весьма прогрессивные в области супружеских отношений, оказываются чрезвычайно консервативными в сфере отношений между родителями и детьми; так например, римское право до конца держалось весьма патриархальных представлений о patria potestas.

В частности, отмеченная эволюция сказывается в следующих основных явлениях.

a) Первоначально, в соответствии с общим патриархальным строем семьи, отношения к детям исчерпывались идеей о т ц о в с к о й власти (p a t r i a potestas). Только отец имел права власти, а не родители вообще: мать, как известно, сама была во власти мужа наравне с детьми (filiae loco*). Но затем, по мере достижения женой более самостоятельного положения, возникает вопрос и о ее правах. В римском праве этот вопрос не получил надлежащего разрешения, но современные законодательства говорят уже не об отцовской власти, а о власти р о д и т е л ь с к о й . В принципе в настоящее время и мать имеет такие же права по отношению к детям, как отец, но только во время существования брака, вследствие принципа главенства мужа в общесемейных делах эти родительские права матери находятся, так сказать, в скрытом состоянии. В случае же смерти мужа или наступления его недееспособности (безумия и т. д.) мать занимает положение отца.

b) С точки зрения одностороннего права, родительская власть, естественно, должна была считаться п о ж и з н е н н о й : она должна была сохранять свою силу, пока жив отец или пока он не отречется от нее сам (emancipatio); больший или меньший возраст сына или дочери в этом отно-

* [на месте дочери – лат.]

шении никакого значения не имел. Напротив, если родительская власть только оборотная сторона родительской опеки, она утрачивает свое основание с того момента, когда дети перестают нуждаться в этой последней, т. е. обыкновенно с достижением совершеннолетия. Римское право до конца оставалось на точке зрения пожизненности; на той же точке зрения стоит и наше русское право; но другие новейшие законодательства (главным образом германского корня) признают уже определенно, что родительская власть прекращается с достижением совершеннолетия.

c) Являясь принципиально лишь средством для выполнения опекунских обязанностей, родительские права, естественно, находятся под общим контролем государственной власти, которая заботится об устранении возможных злоупотреблений. Борьба с этими злоупотреблениями, связанными с неизбежным вторжением в семейную жизнь, конечно, представляет чрезвычайные трудности, тем не менее другого выхода здесь нет, ибо личность детей должна быть ограждена от своекорыстного пользования родительскими правами. Некоторые из мер в этом направлении имеют общий характер; таковы меры по охране детского труда (запрещение ночного труда, установление краткого maximum рабочего времени и т. д.), законы об обязательном обучении и т. п. Но, кроме того, в крайних случаях, возможно даже самое лишение родителя его власти и назначение опекуном другого лица. Идея опеки достигает здесь своего наивысшего напряжения.

d) В сфере имущественных отношений дети во всех современных законодательствах уже давно признаются самостоятельными субъектами, способными иметь свое имущество. Однако западноевропейские законодательства, в большинстве своем, пока длится родительская власть предоставляют родителям управление и пользование детским имуществом. Конечно, до известной степени в основе этого управления и пользования лежит идея опеки над имуществом дитяти и идея покрытия расходов на его содержание; однако не только это. Из идеи опеки отнюдь не вытекает право личного пользования, а мысль об издержках на содержание приводила бы лишь к известному ограниченному праву на соответственную часть доходов от имущества дитяти. Между тем родители получают в свою пользу все доходы, хотя бы они далеко превышали не только стоимость содержания дитяти, но и все семейные расходы вообще. Очевидно мы имеем и здесь дело с остатками старой идеи власти. Нужно, однако, сказать, что и в этом отношении наше русское право гораздо последовательнее: несмотря на то, что, по нашему праву, родительская власть не ограничивается совершеннолетием дитяти, она в имущественном отношении подчиняется нормам, аналогичным правилам об опеке. В случае наличности особого имущества у ребенка несовершеннолетнего родители должны быть утверждены в качестве опекунов и

тогда подлежат общему контролю опекунских учреждений. С достижением совершеннолетия всякое их участие в управлении прекращается; как родители они никаких прав на имущество дитяти не имеют.

Но везде как родители по отношению к детям, так и дети по отношению к родителям имеют общее право и общую обязанность содержания (алименты): родители обязаны выдавать детям, а дети – родителям содержание в зависимости от своего имущества и состояния.

* * *

Мы пересмотрели основные явления в истории семейственных отношений и мы видим, что эти отношения совершили огромный принципиальный путь. Пусть путь этот еще не закончен, но общее направление его несомненно: конечной целью его является всестороннее освобождение личности – освобождение личности жены от власти мужа, личности детей от эгоистической власти родителей, личности супругов от власти государства. Нынешняя семья резко отличается от семьи старой, патриархальной: если в то время семья была крепким юридическим единством, спаянным абсолютной властью домовладыки, то теперь она только союз самостоятельных лиц, пучок своеобразных отношений между юридически равноправными единицами. Такое перестроение семьи нередко производит впечатление ее кризиса, и часты жалобы на разложение семьи, на гибельное влияние индивидуализма. Но возврат к прошлому невозможен, и всякое усиление принудительного элемента в семейных отношениях приведет только к их еще большему извращению. Если семья действительно переживает кризис, то здоровый выход из этого кризиса она найдет только в полном осуществлении тех новых начал, которые диктуются современным правосознанием и которые в известной мере уже нашли себе признание в новейших законодательствах.

XI. ПРОБЛЕМА СОБСТВЕННОСТИ

Если до сих пор мы имели дело с теми областями гражданско-правовых отношений, в которых на первый план выступала духовная, нематериальная сторона человеческой личности, то теперь перейдем к тем областям, которые составляют собственную сферу интересов материальных. Хотя нужно сказать, что одно с другим часто тесно сплетается.

Организация экономической деятельности народа на начале децентрализации или частного хозяйства предполагает прежде всего определение юридических отношений лиц (или, точнее, хозяйствующих единиц) к вещам, находящимся в сфере обладания данного общества, предполагает распределение их между лицами.

Это распределение, как мы уже говорили, облекается в юридическую форму субъективных прав: лица наделяются известными правами на вещи, причем эти права составляют особую категорию вещных прав. Общая юридическая сущность этих последних состоит в том, что между данным лицом и данной вещью устанавливается некоторая идеальная (юридическая) и непосредственная связь: вещь предоставляется господству известного лица, отдается в его волю, принадлежит ему. Вместе с тем всем другим лицам возбраняются всякие действия, способные нарушить это господство, вследствие чего вещные права направляются против всех, являются в этом смысле абсолютными правами.

Появление вещных прав, т. е. построение отношений к вещам по типу субъективных индивидуальных прав, представляет в истории всякого общества огромный шаг вперед. Ибо такое построение отнюдь не является для человечества исконным и, так сказать, прирожденным: оно созидалось с трудом путем медленного исторического процесса. Оно было одним из первых требований развивающейся личности, и создание его явилось в реальной исторической обстановке прошлого важнейшей победой для этой последней.

Это относится прежде всего к основному из вещных прав, составляющему краеугольный камень всей нынешней народнохозяйственной жизни, – к праву собственности. Самое понятие его появилось не сразу, а медленно возникало в истории. Конечно, уже психике примитивного человека свойственно чувство, что вещь, добытая или сделанная им (например, убитая дичь, пойманная рыба, сделанное оружие и т. д.), принадлежит ему; конечно, всякое посягательство на эту вещь будет ощущаться им как некоторая обида по его адресу и будет вызывать соответствующую реакцию. Но это примитивное чувство далеко еще от юридического понятия права собственности: отношения к третьим лицам по поводу этой вещи определяются не мыслью о некоторой юридической связи лица с вещью, а мыслью о личной

обиде; там, где личной обиды нет, не может быть и требований по поводу вещи. Во многих древних правовых системах право на **движимые вещи** сохраняется не путем иска о собственности, а путем иска о воровстве или каком-нибудь ином преступлении (деликте) ответчика: вещь подлежит возвращению только тогда, если она вышла из рук ее первоначального обладателя путем правонарушения (похищена); если же такого правонарушения не было, если, например, она была кому-либо добровольно передана (на сохранение, во временное пользование и т. д.) и затем от этого последнего была добросовестно приобретена (например, куплена) третьим лицом, то вещь не возвращается, а прежний владелец должен искать своих убытков с виновника правонарушения, т. е. с того, кому он вещь вверил. Такой порядок вещей ясно свидетельствует о том, что чувство принадлежности не вылилось еще в народном сознании в представление о праве собственности как некоторой юридической связи между лицом и вещью, что в основе иска лежит не идея такой связи, а идея некоторого личного преступления или участия в преступлении со стороны ответчика.

Но если по отношению к движимости мы встречаемся в древности хотя бы с зародышем права собственности в виде чувства индивидуальной принадлежности, то по отношению к **недвижимости** мы и этого чувства первоначально не находим. Земля, занятая каким-нибудь племенем или народом, конечно, будет защищаться этим последним от всякого посягательства со стороны другого племени или народа и будет сознаваться как «своя», но это сознание не заключает еще представления о чьем-либо **субъективном праве** на нее. И пока народ ведет кочевой образ жизни, такое представление вовсе возникнуть не может. Лишь с переходом к оседлости и земледелию появляется почва для возникновения этого представления. Но и после этого понятие права собственности устанавливается не сразу. Народ, племя осаживается на данной территории теми союзами, из которых он слагается, т. е. общинами, родами и т. д.; каждый из этих союзов занимает определенную местность, сообща пользуется ею, и потому на первых порах возникает только представление о том, что эта местность принадлежит данной общине или данному роду целиком в противоположность чужим общинам или родам (так называемая **общинная** или **родовая собственность**). По мере того, как оседлая жизнь длится далее, по мере того, как отдельные семьи, входящие в состав общин или родов, долго – из поколения в поколение – сидят на известном участке и улучшают его своим трудом, на общем фоне общинной или родовой собственности вырисовывается **собственность семейная**: каждая семья начинает считать занимаемый ею участок исключительно своим в противоположность другим семьям того же рода или общины. Пока существует семья, она является

единственным правомерным владельцем этой земли, и право общины или рода на распоряжение ею суживается. Лишь при полном вымирании семьи земля возвращается к своему общему источнику – в род или общину.

При этом процесс этого постепенного ослабления общинной или родовой собственности совершается неодинаково быстро по отношению к различным категориям земель: земли, требующие большого труда или капитала (например, земли усадебные или пахотные), скорее усвояются в исключительное и неотъемлемое обладание семей-дворов, меж тем как луга, леса и другие угодья еще долго остаются в неразделенном пользовании всего рода или общины. Неодинаково влияют также в этом отношении разнообразные внутренние и внешние условия народной жизни – обширность или теснота территории, характер местности, даже характер народа: один народ с большими индивидуалистическими задатками совершает этот процесс перехода к семейной собственности быстрее, между тем как другой лишь медленно движется по этому пути. Антиподами в этом отношении являются, с одной стороны, римляне, уже очень рано низведшие права рода до простого права родового наследования, а, с другой стороны, германцы, у которых общинное землевладение (марка) и обширные права рода сохранялись в истории очень долго. К германскому типу примыкаем, по-видимому, и мы, русские, хотя вопрос о древности нашего общинного землевладения является среди современных историков русского права весьма спорным: многие думают, что наша община является искусственным продуктом финансовой политики Московского государства.

Служа отражением господствующего в среде данного народа общинного или родового строя, землевладение проникнуто в это время характером п у б л и ч н о - п р а в о в ы м : то или другое лицо владеет участком земли не как частное лицо, а как член данного союза, и не на основании какого-либо частного приобретательного акта, а на основании общественного, публично-правового порядка распределения земли, принадлежащей данному союзу, между его членами. Вследствие этого завладение чужой землей, хотя бы оно произошло без всякого преступления (деликта) со стороны завладевшего и хотя бы этот последний вступил во владение совершенно добросовестно, все равно составляет нарушение этого общественного порядка распределения земли и должно быть устранено: земля должна быть возвращена тому, кому она предоставлена. Таким образом здесь впервые возникает представление о некоторой непосредственной юридической связи между лицом и вещью, – связи, составляющей первый непременный признак права собственности.

Но это право собственности на недвижимость мыслится еще как нечто принадлежащее не такому или иному отдельному лицу, а той или другой

семье в целом (семейная собственность). Участок земли, на котором сидит и от которого питается семья, представляется непременной принадлежностью этой семьи, ее материальным базисом и основным неотчуждаемым капиталом. Как ни велика семейная власть патриархального домовладыки, она все же бессильна изменить общественный порядок земельного распределения, лишить семью ее «надела». Вследствие этого отчуждение земли частным актом вообще в эту эпоху немыслимо, и если право на недвижимость имеет уже в себе первый элемент права собственности – непосредственность юридической связи, – то оно не имеет еще второго элемента – свободы распоряжения.

В дальнейшем ходе исторического развития право на движимости и право на недвижимости между собой постепенно сближаются. С одной стороны, право на движимости начинает защищаться не на деликтном только основании, а на основании самой принадлежности вещи истцу; с другой стороны, право на недвижимости освобождается от своего первоначального публично-правового характера, причем собственность семейная превращается в собственность индивидуальную и постепенно приобретает полную свободу распоряжения. У одних народов этот процесс объединения права собственности совершается быстрее и полнее, у других, напротив, медленнее и с сохранением более или менее значительных следов прошлого.

И здесь опять-таки римское право является образцом быстроты и полноты. Уже очень рано исчезают в нем следы первоначального различия, и мы имеем дело с единым понятием права собственности, заключающей в себе всю полноту свободы распоряжения. Различие между движимостями и недвижимостями имеет в римском праве самое минимальное значение (разные сроки приобретательной давности и некоторые другие); как содержание права собственности, так и формы вещного оборота определяются в нем для обеих категорий вещей совершенно одинаково: огромное имение может перейти из рук в руки так же бесформально, как и самая незначительная безделушка.

Напротив, право новых народов еще на всем протяжении средних веков являет нам описанную двойственность в полной ее силе. Единой системы вещных прав не существует; L i e g e n s c h a f t и F a r n i s s* представляют две совершенно отличные категории объектов. Распоряжение движимостью свободно от каких бы то ни было ограничений, но зато защита ее весьма сужена. В обороте движимостей действует правило «Hand muss Hand wahren»**: только вещи, вышедшие из рук владельца против его воли (похищен-

---

* [недвижимое имущество и движимое [имущество] – нем.]

** [«Рука за руку отвечает» – нем.]

ные, потерянные), могут быть отыскиваемы (виндицируемы) от всякого третьего лица, те же вещи, которые были им кому-нибудь добровольно вверены, в случае отчуждения их этим последним уходят от собственника окончательно; всякий добросовестный приобретатель их делается бесповоротным собственником, а прежний собственник имеет только иск об убытках к тому, кому он их вверил: «Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn suchen»*.

С другой стороны, право на недвижимости (так называемые Gewehre) еще сильно проникнуто публично-правовым характером; оно не столько частное право, сколько – по меткому выражению Гирке – известная «социальная позиция» лица[1]. С землевладением связаны разнообразные публичные права и публичные обязанности; вследствие этого переход их из рук в руки обставлен различными и довольно сложными формальностями (символическая передача земли, инвеститура, Auflassung). Кроме того, на нем лежат разнообразные материальные ограничения: отчуждение недвижимости нуждается часто в согласии со стороны разных других лиц (сюзерена, ближайших родственников и т. д.). Одним словом, правоотношения на недвижимости определяются совершенно иначе, чем правоотношения на движимости; существует не одна система вещных прав, а две – Mobiliarsachenrecht и Immobiliarsachenrecht**.

Развитие экономического оборота, ослабление феодальных, общинных и родовых связей, влияние римского права приводят мало-помалу к тому, что и здесь различие между обеими вещно-правовыми системами сглаживается; однако это сближение далеко не доходит до того полного единства, которое мы наблюдаем в римском праве. Даже более того: после некоторого периода, тяготевшего к такому объединению, в новейшем праве замечается обратная тенденция – к новому углублению этого различия. С одной стороны, к этому ведет различный характер оборота на движимости и недвижимости, а, с другой стороны, все более и более выясняется особенное значение недвижимости как важнейшего объекта национального обладания. «Без тяжкого нарушения интересов с одной или другой стороны, – говорят совершенно справедливо объяснения к проекту Швейцарского Уложения, – нельзя подчинить движимость и недвижимость одним и тем же нормам»[2].

Прежде всего заговорили об этом потребности оборота. Если раньше развивающаяся экономическая жизнь стремилась к освобождению оборота от старых исторических стеснений и в этом смысле шла за рим-

---

* [«У того, кому вверено, у того и надо искать» – нем.]

[1] Deutsches Privatrecht. Bd. II (1905). S. 358.

** [вещное право на движимости и вещное право на недвижимости – нем.]

[2] Erläuterungen zum Vorentwurf. 1902. S. 476.

ским правом по пути приближения недвижимостей к движимостям, то затем дальнейшее развитие того же оборота заставило в значительной мере повернуть назад и приняться за реставрацию его прежних форм.

Как было упомянуто выше, римское право для перехода права собственности из рук в руки требовало как для движимостей, так и для недвижимостей одного – передачи вещи, traditio. Однако эта передача только тогда переносила право собственности, если передающий был истинным собственником вещи. Если этого не было, если, например, вещь была продана и передана тем, кому она была дана лишь во временное пользование, на сохранение и т. д., то даже добросовестный приобретатель вещи права собственности не получал и истинный собственник мог отобрать вещь назад при помощи иска о собственности (vindicatio: «ubi rem meam invenio, ibi vindico»*). Римское право рассуждало при этом чисто логически: раз передающий не имел права собственности, то не может иметь его и получающий, ибо «nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet»**. Добросовестный приобретатель вещи мог сделаться собственником только одним путем – по давности.

Мы видели также, что в правовых системах старогерманского корня на этот счет по отношению к движимостям действовало совершенно иное начало – начало «Hand muss Hand wahren». Но там это начало было в ту эпоху лишь остатком старины, результатом еще не вполне развившегося права собственности; вследствие этого с появлением римского права оно начинает колебаться и во многих местах выходит из употребления. Но затем, с дальнейшим оживлением обмена, наступает поворот.

Римское виндикационное правило при оживленной торговле способно приводить к весьма серьезным затруднениям. Если вообще при покупке движимых вещей нелегко проверить легитимацию продавца, то при покупке на рынках, ярмарках и т. д. такая проверка в особенности затруднительна. Последовательное проведение римского принципа создавало бы общую неуверенность оборота: покупщик никогда не мог быть уверен в том, что он стал собственником, что завтра не явится некоторое другое лицо, которое докажет свое право собственности на вещь и отберет ее себе. Германское начало «Hand muss Hand wahren», напротив, устраняло подобную неуверенность, давая добросовестному приобретателю право бесповоротной собственности. В то же время оно казалось ненарушающим справедливости и по отношению к прежнему собственнику: если вещь вышла из его рук по его воле, если она была им кому-либо вверена, то ему легко было найти это лицо, чтобы взы-

* [виндикация: «где мою вещь нахожу, там ее виндицирую» – лат.]

** [«никто не может передать другому бóльшего права, чем сам имеет» – лат.]

скать с него свои убытки. Лишь там, где такой добровольной передачи вещи со стороны собственника не было, где вещь была украдена или потеряна, последнее соображение не имело места, и потому справедливость требовала возвращения вещи ему.

Под влиянием этих мотивов замиравшее было начало «Hand muss Hand wahren» начинает укрепляться снова. Сначала оно получает общее распространение в специальном торговом праве, а затем и в праве общегражданском. При этом, однако, ему дается то более широкое, то более узкое применение. Так например, в то время, как одни законодательства допускают его действие даже по отношению к приобретателю безвозмездному (собственником делается даже тот, кому вещь была подарена), другие (именно австрийское) в этом последнем случае его исключают: безвозмездно полученная вещь должна быть даже добросовестным приобретателем возвращена. С другой стороны, виндикация обыкновенно вовсе исключается (даже если вещь была потеряна или похищена) по отношению к таким вещам, которые предназначены для особо упрощенного оборота, например, деньги, бумаги на предъявителя и т. д.

Наше русское право находится в этом вопросе пока в чрезвычайно неопределенном положении. Действующий гражданский закон содержит по этому поводу настолько неясные постановления, что толкование их приводит наших юристов к прямо противоположным выводам: в то время как одни из них (и таковых, по-видимому, большинство) считают нормой нашего закона римский виндикационный принцип «ubi rem mèam invenio, ibi vindico», другие, наоборот, находят в нем начало «Hand muss Hand wahren». Равным образом колеблется и сенатская практика[1]. Во всяком случае проект нашего нового уложения уже решительно становится на эту последнюю, новую, точку зрения и реципирует начало «Hand muss Hand wahren» в его австрийской модификации.

Возрождение принципа «Hand muss Hand wahren», а в особенности его распространение в праве общегражданском, не обходится, однако, без возражений. Заслуживает в этом отношении особенного упоминания энергичный протест известного германского криминалиста Биндинга, который посвятил этому вопросу специальную брошюру[2]. По мнению Биндинга, это правило вступает в коллизию с задачами уголовного права (оно благоприятствует всякого рода растратам) и вообще противоречит справедливости: нет решительно никаких оснований предпочитать добросовестного приобретателя собственнику, который ведь также является добросовестным приобретателем

[1] См. Трепицын. Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение. 1907.

[2] K. Binding. Did Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer. 1908.

и притом более ранним. Не менее горячо порицает это начало и А. Менгер, который усматривает в нем некоторую «постоянно действующую экспроприацию ради обеспечения свободы торгового обмена»[1]. Но все эти протесты остаются бессильными перед общим стремлением к созданию наибольшей прочности оборота. Эта последняя представляется существеннейшим социальным благом, и с этой точки зрения, по словам Колера, правило «Hand muss Hand wahren» обозначает «социальный принцип высшего ранга, принцип, который, разрешая и примиряя, приходит на помощь добросовестному обмену»[2].

Та же потребность в прочности и уверенности оборота вызвала радикальные реформы и в области правоотношений на недвижимости.

Как было только что упомянуто, в римском праве господствовало начало полной бесформальности всяких сделок на недвижимости, переход права собственности на землю мог быть осуществлен путем простой, лишенной всяких форм передачи ее, а установление сервитута или закладного права – даже без всякой передачи, путем простого договора между одним лицом и другим, договора никому не видимого и не известного.

Под влиянием этих римских начал со времен рецепции старые германские публичные формы стали приходить в забвение, и обороту на недвижимости грозило полное распространение начал римской бесформальности. Но против этого решительно запротестовали потребности развивающегося поземельного кредита и вызвали создание совершенно новых форм иммобилиарного оборота в виде института поземельной, или вотчинной, записки.

Отсутствие ясных и для всех легко зримых форм установления вещных прав на недвижимости прежде всего вредно отражалось на поземельном кредите. Лицо, дающее под залог недвижимости, никогда не могло быть уверено в том, что на той же недвижимости нет других, ранее установленных закладных прав; вследствие этого подобные ссуды были сопряжены с огромным риском и, если давались, то, разумеется, на очень тяжелых условиях. Если желательно было облегчить самую возможность поземельного кредита, то, очевидно, необходимо было создать какую-нибудь гарантию для кредиторов в этом отношении.

И вот для удовлетворения этой потребности в конце XVIII века возникает в Европе институт ипотечной записки, или ипотечных книг: всякое закладное право на недвижимость имеет юридическую силу

---

[1] Гражданское право и неимущие классы населения. Перев. «Библ. Просвещения», стр. 122.

[2] J. Kohler. Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart. 1914. S. 171. – Ср., впрочем, любопытные страницы о «securité» динамической и статической у R. Demogue. Les notions fondamentales du droit privé. 1911.

для третьих лиц только тогда, если оно записано в особые книги, ведомые официальными учреждениями и открытые для справок всех заинтересованных лиц. Теперь для лица, к которому обращаются с просьбой о займе под залог недвижимости, достаточно убедиться в том, что на эту недвижимость в ипотечной книге не значится другого закладного права; его приоритет на удовлетворение из этой недвижимости был гарантирован.

С течением времени содержание этих ипотечных книг с естественной необходимостью расширяется. С точки зрения тех же интересов поземельного кредита, оказывается в высокой степени желательным, чтобы не только закладные права, но всякие вообще вещные права на недвижимость были видны из книги: что толку для кредитора в том, если закладных прав на имение действительно нет, но самый залогодатель окажется потом несобственником или на имение обнаружатся какие-нибудь иные вещные права, существенно понижающие ценность имения, например, право пожизненного пользования?

Ввиду этого в течение XIX века ипотечные книги во всей Европе превращаются в п о з е м е л ь н ы е к н и г и, а вместе с тем весь иммобилиарный оборот перестраивается на совершенно новых основаниях. Самые общие принципы этого нового строя сводятся к следующему.

Поземельные книги имеют своей общей задачей представлять в каждый данный момент точное изображение юридического положения всякой недвижимости, входящей в состав данного округа. Для достижения этой цели устанавливается правило, что всякий акт, долженствующий иметь вещноправовое значение (передача права собственности, установление залога или сервитута и т. д.), должен быть записан в поземельную книгу, и только с этого момента он получает юридическую силу для всех третьих лиц, для публики. Это так называемый п р и н ц и п п у б л и ч н о с т и всех вещно-правовых актов на недвижимости (или иначе – п р и н ц и п в н е с е н и я).

С другой стороны, полная уверенность для третьих лиц может быть создана только тогда, если они могут безусловно полагаться на сообщения поземельных книг. Вследствие этого принцип публичности дополняется п р и н ц и п о м д о с т о в е р н о с т и: всякая запись в книге имеет полную юридическую силу для третьих лиц даже тогда, когда она не соответствует действительности; лица заинтересованные могут добиваться исправления поземельной книги, но пока она не исправлена, она считается истинной.

Разумеется, эти общие принципы поземельной записки не везде осуществляются в полной мере. Разные законодательства допускают то там, то здесь известные отступления как от принципа публичности, так и от принципа достоверности; но идеалом поземельных книг является последовательное

проведение как одного, так и другого. Более совершенным порядком в этом отношении является порядок, принятый в Германии и Швейцарии, но еще большего совершенства, с точки зрения соединения прочности и подвижности, поземельный оборот на недвижимости достигает в знаменитой системе Торренса, принятой в Австралии и распространившейся оттуда на некоторые другие (внеевропейские) страны[1].

Наше русское право и в этом отношении стоит далеко позади. Оборот недвижимостей у нас совершается при посредстве так называемого крепостного порядка, усовершенствованного нотариальным положением 1866 г. Акты на недвижимость (купчая крепость, закладная крепость и т. д.) должны быть совершены у младшего нотариуса и затем явлены на утверждение старшему нотариусу. Этот последний заносит эти акты в свои реестры, которые и служат у нас несовершенным суррогатом поземельных книг. Вопрос о введении у нас европейского порядка вотчинной записки стоит на очереди, но выработанный комиссией Проект Вотчинного Устава также остается до сих пор без движения.

Усвоение принципа «Hand muss Hand wahren» для оборота на движимости и установление института поземельных книг для оборота на недвижимости вызвано единой целью и проникнуто единой мыслью: обеспечить прочность гражданского оборота путем узаконения доверия к известным внешним фактам («Vertrauen auf äussere Thatsachen»). В обороте на движимости все третьи лица вправе доверять факту нахождения вещи в чьих-либо руках, вправе считать владельца собственником (по выражению французского кодекса, «en fait de moebles la possession vaut titre»). В обороте на недвижимости они вправе доверять тому, что записано в поземельной книге. И там, и здесь, по справедливому замечанию Wellspacher'а[2], мы имеем любопытное стремление современного права отодвинуться на поверхность, стремление, сближающее его с правом примитивных народов. Однако, если в древности право держится за внешние моменты потому, что ему недостает надлежащей интеллектуальной силы для проникновения вглубь, то современное право воздерживается от такого проникновения умышленно, так как оно несовместимо с потребностями нынешней правовой жизни. При современных условиях на участников делового оборота не может быть возложена обязанность проверять наличность всех необходимых условий юридической сделки; это в высокой степени стесняло бы свободу гражданского оборота и понижало бы ценность экономических благ. Если все указанные нормы иногда как бы

---

[1] Ср. к этому В. Ельяшевич Очерк развития форм поземельного оборота на Западе. Изд. 2 (1913).

[2] Ср. Wellspacher Vertrauen auf äussere Thatsachen im bürgerlichen. Rechte. 1906. S. VII–VIII.

приносят принцип собственности в жертву принципу безопасности оборота («Sicherheit des Verkehrs»), то не следует упускать из виду, что эта безопасность оборота, в свою очередь, повышает ценность права собственности и таким образом идет ему же на пользу.

Как бы то ни было, но все описанные реформы в области вещного оборота провели резкую грань между правом собственности на движимости и на недвижимости. Но на этом дело не останавливается: соображения другого порядка ведут к дальнейшему углублению этого различия.

Признавая в принципе право собственности полной властью над вещью, государство в то же самое время резервирует для себя право налагать на нее те или другие ограничения, какие оно найдет необходимым, вплоть до полной экспроприации в интересах общего блага. Вследствие этого, с точки зрения своего содержания, право собственности уподобляется некоторой пружине, которая стремится выровняться во весь свой рост (так называемый принцип эластичности права собственности), но никогда этого в полной мере не достигает, так как всегда на ней лежат те или другие сжимающие ее гири. Таких гирь может быть больше или меньше, но они всегда есть и их количество и качество не могут не влиять на самый характер права собственности. И вот именно с этой стороны мы наблюдаем дальнейшее углубление пропасти между юридическим положением движимости и недвижимости. В то время как по отношению к первой ограничения подобного рода составляют редкое исключение, по отношению ко второй они неудержимо растут.

Нет возможности и надобности перечислять здесь все эти ограничения «в интересах общего блага», устанавливаемые современным правом. Чем далее, тем более эти ограничения выливаются в форму обширного специального законодательства. Достаточно указать на выросшее на этой почве особое горное право, в значительной степени (а иногда и вовсе) изъемлющее из права собственности право на недра земли; особое водное право, регулирующее общественное пользование водами, водопадами и т. д. Достаточно, далее, указать на разнообразные строительные уставы, на санитарные предписания, на меры по охранению лесов, осушке болот, укреплению песков, на регламентацию охоты и т. д., и т. д., чтобы перед нами развернулась картина непрестанно расширяющегося государственного вмешательства в дело устроения и эксплуатации недвижимости. Вся совокупность этих ограничений, как совершенно справедливо говорит Charmont [1], заставляет прийти к убеждению, что нынешнее понятие индивидуальной собственности делается чем-то чрезвычайно сложным. Она

[1] Les transformations du droit civil. 1912, p. 232.

имеет еще большую силу индивидуального притяжения, но ее ограничения и сужения усиливаются, а вместе с тем ее ценность и содержание существенно меняются.

Помимо всех только что отмеченных ограничений, устанавливаемых специальными законами, необходимо упомянуть о следующей общей норме, принятой новейшими Уложениями, Германским и Швейцарским.

По учению римских юристов, также считавшемуся долгое время абсолютной аксиомой, право собственности на землю простирается вглубь под поверхностью и вверх над нею до бесконечности. Логическим последствием этого воззрения было бы то, что собственник земельного участка может воспрепятствовать проведению туннеля, проложению газо- или водопроводных труб и других подобных сооружений под его участком на какой угодно глубине, проведению телеграфных или телефонных проволок на какой угодно высоте. Но такое положение, очевидно, несовместимо с самыми разнообразными интересами современного благоустройства, и Германское Уложение (§ 905) постановляет: «Собственник не вправе противиться сооружениям на такой глубине или на такой высоте, на которой исчезает всякий его интерес» (dass er an der Ausschliessung kein Interesse hat). Нужно, однако, отметить, что, как явствует из протоколов комиссии, под интересом здесь разумеется не только и м у щ е с т в е н н ы й интерес[1]. Аналогичное постановление содержит и Швейцарское Уложение, которое говорит: «Собственность на землю простирается вниз и вверх настолько, насколько в этом есть интерес» (ст. 667).

Помимо своего практического значения, положение этого рода имеет значение и с чисто теоретической стороны: оно содержит ограничение права собственности критерием наличного интереса собственника и, с этой точки зрения, составляет дальнейшее продолжение той мысли, на которой покоится запрещение шиканы.

Все эти как общие, так и специальные нормы, регулирующие право собственности на недвижимость, свидетельствуют о некоторой, несомненно, растущей и чрезвычайно важной тенденции права по отношению к недвижимости.

Как ни уподобляется современный гражданский оборот мифическому царю Мидасу, превращающему все своим прикосновением в золото[2], тем не менее даже он не в состоянии превратить недвижимость в простой меновой товар. Конечно, и недвижимость имеет меновую ценность; конечно, и она может быть поэтому объектом оборота и даже спекуляции, – однако этим ее

---

[1] Protokolle. III. S. 122.

[2] S o h m . Systematische Rechtswissenschaft в издании «Kultur der Gegenwart». 1906. S. 60.

значение для народного хозяйства не исчерпывается. Количество земли не может быть увеличено по произволу, а между тем она является важнейшим производительным капиталом народа. Даже при условиях нормального мирового обмена каждый народ получает продукты первой необходимости прежде всего из своей собственной территории; в моменты же каких-нибудь международных потрясений, прерывающих экономическое общение, производительность территории приобретает в этом отношении особенное значение.

Конечно, в условиях нынешнего децентрализованного хозяйства земельный капитал народа (за исключением земель государственных) находится в руках отдельных частных лиц. Мы видели, что такое распределение его в виде института частной собственности диктовалось всем ходом экономической истории, всеми потребностями экономического прогресса. Мы говорили о том, что система децентрализации и частной собственности в высокой степени стимулирует личную инициативу и личную энергию и что именно поэтому принцип свободной индивидуальной собственности восторжествовал в истории над принципами первобытного коллективизма. Но в то же время не может исчезать из виду и другая сторона вопроса, именно общественное, общенациональное значение недвижимости, вследствие чего перед правом стоит бесконечно трудная задача сочетания двух противоположных тенденций.

С одной стороны, если желательно пользоваться благами личной предприимчивости, изобретательности и энергии, если эта личная энергия, развиваемая каждым в своих собственных эгоистических интересах, в то же время идет и на пользу всего народа, то необходимо сохранить принцип частной собственности и избегать всего того, что способно подорвать ее стимулирующее значение.

Однако, с другой стороны, действительность показывает, что принцип частной собственности может при известных условиях вступать в резкие конфликты с интересами общенародными. Тогда по необходимости приходится вспоминать о том, что недвижимость есть не только частное, но и национальное достояние.

Территория не только существеннейший производительный капитал нации; она – место для ее жизни, она в подлинном смысле «дом» нации, дом, в котором она живет всеми сторонами своего существования. Вследствие этого естественно, что положение недвижимости не может быть в такой же степени предоставлено частному определению, как положение движимости, и что она должна быть в большей мере подчинена некоторому общему, публично-правовому режиму.

Если первая половина XIX столетия под влиянием теорий французской революции и экономической доктрины «laissez faire» обращала главное внимание на первую сторону вопроса, то в настоящее время на авансцену выступает вторая. Она окрашивает все наши нынешние представления о собственности, сгущаясь временами в определенные социальные учения. Именно в том обстоятельстве, что недвижимость составляет не только частное, но и национальное достояние, заключается истинная причина для возникновения таких учений, как учение Дюги о «социальной функции» собственности. Мы видели, что в такой общей постановке это учение неверно, что практически оно приводит к самой неопределенной и к самой невыносимой опеке каких-то «gouvernants», – опеке, которая только подорвала бы важное стимулирующее значение собственности, не создав на ее место никакого иного порядка народного хозяйства. Но неверность и практическая опасность подобных учений не устраняет стоящей перед правом задачи.

Дойдет ли когда-нибудь право, разрешая эту задачу, до «национализации земли», т. е. до возведения мысли о недвижимости как о национальном достоянии в юридический принцип и до низведения права собственности на нее на степень зависимого пользования чужой (государственной) вещью, сказать, разумеется, нельзя. Но не подлежит сомнению, что все уже отмеченные выше ограничения права собственности носят в себе уже зерно этой мысли и что дальнейшее развитие общественного благоустройства будет требовать все новых и новых шагов в этом направлении.

Мы говорили, что появление права собственности в истории знаменовало собой весьма важную победу личности над примитивной связанностью и первобытным коллективизмом. Эта победа была нужна для экономического прогресса общества, для развития в его недрах личной предприимчивости и энергии. Она была нужна не только по отношению к движимости, но и по отношению к недвижимости. И благодаря этой победе, благодаря свободному праву собственности человечество преодолело бесконечную массу трудностей, подчинило себе массу естественных богатств. Но чем далее идет время, чем теснее становится жизнь и чем сложнее делаются условия общежития, тем настоятельнее обнаруживается потребность во взаимном ограничении и общественном регулировании, говоря иначе – потребность в большей «солидаризации» и «социализации». И никакие подлинные интересы человеческой личности не стоят осуществлению этой «солидаризации» на пути. Если еще полное уничтожение нынешнего хозяйственного строя и переход к социалистической системе централизации может наталкиваться на опасения с точки зрения положения личности перед лицом государства, то публично-правовая регламентация одних прав на недвижимости почвы для этих опасений почти не дает: недвижимостью далеко не ис-

черпывается арена возможной индивидуальной деятельности, и государственная регламентация пользования недвижимостью далеко не обрекает индивида опасности полного подавления его со стороны государственной власти. Но, разумеется, известные эксцессы власти и здесь возможны, и потому такая регламентация принесет хорошие результаты только тогда, если она будет проводиться строго продуманно и с наибольшей охраной индивидуальной свободы.

XII. ПРОБЛЕМА ПРАВ НА ЧУЖИЕ ВЕЩИ

Одним правом собственности мог бы удовлетворяться только разве самый примитивный экономический быт. Режим, построенный только на праве индивидуальной собственности, был бы режимом, совершенно изолирующим одно хозяйство от другого. Между тем такая полная изоляция даже в натуральном хозяйстве немыслима. Уже в самый момент возникновения частных хозяйств путем раздела общинной, родовой или семейной собственности сплошь и рядом обнаруживается, что одно хозяйство может существовать только при восполнении его ресурсами другого. Так например, при разделе наследства между наследниками может оказаться, что этот раздел может быть осуществлен рационально только тогда, если участок, отходящий к одному из наследников, получит право проезда или право брать воду в участке, отходящем к другому. Дальнейшее развитие хозяйственных условий, усиление скученности построек, возникновение потребности в кредите и т. д., еще настойчивее ставит вопрос о создании таких юридических форм, которые обеспечивали бы возможность известного прочного, т. е. независящего от простого личного согласия, участия одного лица в праве собственности другого.

Этой цели и служат вещные права на чужие вещи. Они суть прежде всего вещные права, так как создают некоторую юридическую связь между лицом и вещью: имея, например, право проезда через чужой участок, я не завишу от того, кто будет собственником этого участка; участок может переходить из рук в руки, а мое право проезда через него будет оставаться нерушимым. Но затем эти права суть права на чужие вещи: вещь, на которой лежит мое право, принадлежит на праве собственности другому, составляет его имущество.

Права этого рода выступают в истории в чрезвычайном разнообразии, но, с точки зрения своего содержания, все они могут быть разделены на три следующие категории. Одни из них предоставляют лицу право на пользование чужой вещью. Пользование это может быть самым минимальным (оно, например, может ограничиваться только правом требовать, чтобы сосед не застраивал мне вида или света), но оно может быть и настолько широким, что будет надолго исчерпывать все фактическое содержание права собственности, оставляя собственнику только то, что римские юристы называли «голым правом», nudum jus (например, право пожизненного пользования, право вечно-наследственной аренды и т. д.). Все права этого рода, очевидно, вместе с тем содержат большее или меньшее ограничение права собственности в интересах другого лица.

Другую группу составляют права на получение известной ценности из вещи. Основным правом этой группы является закладное право: собственник может сохранить все свои права на вещь – право владения, пользования и даже распоряжения (например, право отчуждения), – но другим лицом (кредитором) она при известных условиях может быть продана для получения таким путем из нее известной суммы в свою пользу. Если в вещных правах первого рода имела значение такая или иная потребительская ценность вещи, то здесь имеет значение ценность меновая.

Наконец, третью группу составляют разнообразные права на приобретение известной вещи или известных вещей. Таковы права преимущественной покупки (например, право сотоварища в общей собственности на преимущественную покупку продаваемой другим сотоварищем его доли в общем имуществе), разнообразные права выкупа (например, право родового выкупа), права на исключительное усвоение известных вещей (например, право охоты или рыбной ловли в чужом имении) и т. д.

Но все эти права на чужие вещи имеют в разных правовых системах неодинаковое распространение. В связи с самыми разнообразными условиями – естественными, экономическими, юридическими, даже психологическими – они допускаются то в более широком, то в более узком масштабе.

Наименьшее количество их знало римское право: общеизвестное индивидуалистическое направление этого права создавало в нем вообще отрицательное отношение ко всяким длительным ограничениям права собственности; свободная, ничем не связанная собственность являлась его идеалом. Вследствие этого права на чужие вещи возникали в нем только медленно и развились лишь в сравнительно небольшое количество типов. Древнейшими из них были так называемые сервитуты, т. е. права ограниченного пользования чужой вещью, и именно сервитуты вещные или прediальные, при которых право пользования (например, право прохода или водопровода) предоставляется не такому или иному (именем) определенному лицу, а каждому данному собственнику соседнего (так называемого господствующего) участка. Позже в связи с расширением свободы завещаний появляются сервитуты личные, т. е. предоставляющиеся определенному лицу как таковому; важнейшим из них был узуфрукт, или пользовладение, т. е., по общему правилу, – право пожизненного пользования вещью и ее плодами. Еще позже получают юридическое признание право из выстройки (superficies) и право наследственного оброчного владения (emphyteusis).

Напротив, весь своеобразный уклад землевладения в средневековой Европе способствовал весьма широкому развитию разнообразных форм участия нескольких лиц в праве собственности на один и тот же участок. Остатки старого общинного и родового строя создавали богатую почву для самых различных прав выкупа или преимущественной покупки. Развитие феодальных отношений приводило к тому, что сплошь и рядом на один и тот же участок имели права несколько лиц, располагающихся друг над другом в некотором иерархическом, так сказать, вертикальном, порядке (вассал – сюзерен). На той же почве возникали разнообразнейшие виды оброков, натуральных повинностей и других сеньориальных прав.

Юридическая квалификация всех этих отношений представляла для романистически мыслящей юриспруденции того времени чрезвычайные затруднения. Где могла, она иногда даже путем крайних натяжек пыталась втиснуть эти отношения в рамки римских понятий. Таким образом возникло, например, известное учение об Obereigentum и Untereigentum (dominium directum и utile)*, образовавшееся вследствие перенесения на ленное землевладение римской категории эмфитевтической аренды. Правда, благодаря этому совершилась, по словам Гирке, полная теоретическая экспроприация ленных владельцев (из ленных собственников они превратились в лиц, имеющих лишь право на чужую вещь), но теоретическая конструкция их положения была достигнута. Тем не менее многое не поддавалось даже и таким искусственным конструкциям и продолжало жить без такого или иного юридического паспорта.

Развитие экономической жизни и разложение старого общинного родового и феодального строя создало, как нам уже приходилось говорить, общее стремление к освобождению собственности от старых ограничений. Во Франции в эпоху революции, а в других европейских странах в течение XIX века значительное большинство этих остатков féodalité civile было уничтожено (прямо или путем обязательного выкупа), а вместе с тем пали многие из средневековых типов прав на чужие вещи. Тем не менее запас их был так велик, что даже то, что сохранилось, представляет систему гораздо более обширную и сложную, чем система римского права. Некоторые из этих старых юридических фигур оказались при известных модификациях пригодными для обслуживания новых хозяйственных потребностей и нашли себе поэтому место в новейших кодификациях.

Однако если подобные вещные обременения в известных пределах неизбежны и полезны, то, с другой стороны, нельзя отрицать и того, что они

---

* [верховной собственности и подчиненной собственности – нем. (верховной собственности и собственности по аналогии – лат.)]

могут явиться за этими пределами серьезным тормозом для дальнейшего хозяйственного развития. Нельзя не вспомнить при этом того, что было сказано по этому поводу И е р и н г о м [1]. Установление подобных ограничений, справедливо указывает он, содержит часто такое или иное, по идее вечное, обременение права собственности, связанность ее. Неограниченность частной автономии в этом направлении несет в себе поэтому и важнейшие опасности для самой собственности, возможность разрушения ее истинной свободы. Право на свободную собственность, которое, естественно, приносит с собой каждое новое поколение, может оказаться нынешним собственником в один легкомысленный момент уничтоженным навсегда: раз установленное ограничение будет тянуться затем через столетия. А этого нельзя оценивать слишком низко. Нужно иметь в виду при этом уменьшение не столько денежной, сколько моральной ценности собственности. То моральное значение, которое собственность на землю имеет и должна иметь для собственника, его чувство прочности, свободы, независимости своего положения, его привязанность к земле, все это может быть в высшей степени умалено правом другого лица на такое или иное вмешательство. Возможность этого последнего будет служить постоянным подрывом энергии собственника, тормозом для хозяйственного процесса. При установлении подобных обременений собственность теряет всегда нечто такое, что никому из обоих участников договора не идет на пользу – совершенно так же, как в том случае, если бы собственник картины вырезал из нее часть для продажи: картина потеряла бы в своей ценности гораздо больше, чем было бы приобретено той или другой стороной. Истинной ценой, которою покупается каждое подобное ограниченное право на чужую вещь, является урезанное, морально и экономически подорванное право собственности.

Соображения подобного рода оказали бесспорное влияние на новейшее законодательство[2] и создали некоторое осторожное, даже опасливое, отношение к вещным обременениям. Для того, чтобы по исключению допустить тот или другой тип подобных обременений, говорят, например, Мотивы к Германскому Уложению, необходимы особые, специальные основания[3]. В результате каждое законодательство определяет эти допускаемые им типы, и частная автономия может проявлять себя только в выборе их.

Основными из этих типов являются и в современном праве с е р в и т у т ы , как личные (например, пользовладение), так и вещные. Кроме того, общепризнанным является право на пользование землей и з в ы с т р о й к и ; у нас в России оно санкционировано в общем виде законом 23 ию-

[1] Geist des römischen Rechts. Bd. II. Th. I. (1894). S. 227 и сл.
[2] См., например, Motive. III. S. 448, 466, 480.
[3] Motive. III. S. 466.

ии 1912 г. Но это право может касаться только строений; бывшее в большом распространении прежде аналогичное право на произрастания земли (например, право на известный участок для насаждения и эксплуатации леса) современными законодательствами отвергается. Гораздо менее прочным является положение наследственного оброчного владения (римская emphyteusis). Так например, составители Германского Уложения усмотрели в нем вместе с остатками ленных отношений только пережиток давно отошедших в историю хозяйственных стадий, обреченный на вымирание, и потому не дали ему места в кодексе[1]. Равным образом не упоминает о нем и Швейцарское Уложение. Напротив, эмфитевтическое владение широко распространено в романских странах; отдельные виды его известны также нашему русскому праву (например, чиншевое владение в юго-западном крае), вследствие чего проект нашего уложения счел необходимым дать ему законодательную санкцию. В прямую противоположность германской комиссии редакторы нашего проекта пришли к заключению, что «институт наследственного оброчного владения не представляет собой отжившую, устарелую форму поземельных отношений, что и в настоящее время он имеет большое экономическое значение и притом не для одного какого-либо класса населения, но для всей страны»[2].

Крупную теоретическую новизну по сравнению с римским правом представляет тот институт, который в германском праве носит название Reallasten, или Grundlasten (термин Швейцарского Уложения), и которому наш проект дает наименование «вотчинных выдач». Его исторический корень кроется также в недрах старых средневековых отношений: собственник земли часто обязывался доставлять другому лицу (помещику, монастырю и т. д.) ежегодно известное количество продуктов или уплачивать известную сумму денег. Ввиду того, что содержанием этой повинности являлось некоторое положительное действие собственника, некоторое facere*, все отношения этого рода не могли быть подведены под римское понятие сервитутов, для которых действовало правило «servitus in faciendo consistere non potest»** Вследствие этого институт «вотчинных выдач» составлял постоянный камень преткновения для юриспруденции, а в значительной степени остается таковым и до сих пор: «юридическая природа» Reallasten представляет и в настоящее время предмет неразрешенного спора. Тем не менее этот институт оказался жизнеспособным; он пережил создавшие его отношения и, отбросив свои архаические виды (например, повинности в виде натуральных

[1] Motive. III. S.6.

[2] Объяснения к проекту, кн. III. Вотчинное право. Т. II (1902), стр.57.

* [делать – лат.]

** [«не может быть сервитута, обязывающего [собственника] к действиям» – лат.]

продуктов), оказался способным удовлетворять некоторым новым экономическим потребностям. Так, в частности, эта форма весьма облегчает приобретение земли для мелких собственников, не располагающих значительным капиталом для уплаты покупной цены сразу; в то же время она может быть наилучшей формой для заселения впусте лежащих земель и т. д. Вследствие всех этих причин институт Reallasten получил себе прочное место в новейших кодификациях, в том числе и в проекте нашего гражданского уложения.

Нужно, впрочем, сказать, что, резко отличаясь от наследственного оброчного владения по своей юридической природе (при оброчном владении платит оброк владелец собственнику, а при Reallasten собственник третьему лицу), институт «вотчинных выдач» в экономическом отношении очень близко подходит к нему. Именно этим объясняется то обстоятельство, что, санкционировав Reallasten (или Grundlasten), Германское или Швейцарское Уложения могли обойтись без наследственного оброчного владения: экономическая потребность в последнем в значительной степени может найти себе удовлетворение и в форме Reallast. Однако только в значительной степени, а не вполне, и в этом отношении нельзя не согласиться с редакторами нашего проекта, которые, отметив указанную экономическую близость, говорят затем, что признание института наследственного оброчного владения нисколько не устраняет полезности и «вотчинных выдач». «При наследственном оброчном владении права собственника, по необходимости, шире, чем при праве вотчинной выдачи права лица, в пользу которого установлена эта выдача... Нет сомнения, что интересы собственника в случае приобретения имения в собственность с обязательством производства вечного платежа лучше ограждены, чем в случае приобретения имения на чиншевом праве»[1]. Если наследственное оброчное владение более соответствует интересам крупного землевладельца, раздающего таким путем свои участки мелким хозяевам, то институт «вотчинных выдач», наоборот, лучше гарантирует интересы этих последних. С другой стороны, если институт «вотчинных выдач» более пригоден там, где для крупного собственника стоят при распродаже земли на первом плане денежные интересы, то оброчное владение особенно уместно там, где для него важно сохранить за собой общий контроль над возникающими мелкими хозяйствами: обыкновенно «хищническая эксплуатация земли» дает при оброчном владении собственнику право требовать прекращения этого владения и возвращения участка ему. Вследствие же этого, если институт «вотчинных выдач» более свойствен отношениям между частными лицами, то институт оброчного владения наиболее пригоден для эксплуатации государственных земель: идея землевладения как некоторой

[1] Объяснения к проекту. Кн. III. Вотчинное право. Т. II, стр. 274.

«социальной функции» может найти себе в этой форме наилучшее осуществление.

Однако, как ни важны все подобные вопросы, связанные с группой вещных прав на пользование чужой вещью, преимущественный интерес новейшего права сосредоточивается не на них, а на залоговом праве. Возрастающее значение реального, в особенности поземельного, кредита продолжает неуклонно приковывать внимание законодательства именно к вопросам этого последнего.

Потребность в реальном кредите, т. е. кредите, обеспеченном исключительным правом на какую-нибудь вещь, возникает, конечно, везде очень рано, но удовлетворяется эта потребность на первых порах в иных, более грубых формах. Закладное право в таком виде, в каком мы привыкли его понимать, является у всех народов лишь продуктом очень длинной и сложной истории.

Везде в древнейшее время указанная потребность удовлетворялась тем, что вещь, предназначенная служить обеспечением долга, передавалась кредитору тотчас же при самом заключении обязательства и притом в полную собственность лишь с личным обязательством кредитора вернуть ее по уплате долга. Это было, таким образом, не что иное, как продажа закладываемой вещи с правом ее обратного выкупа путем уплаты долга. Такова древнеримская fiducia, древнефранцузская vente á reméré, древнегерманская Kauf auf Wiederkauf. При такой форме реального обеспечения, очевидно, ни о каком закладном праве в юридическом смысле не может быть речи: кредитор получает не закладное право на вещь, а настоящее право собственности, которым он даже немедленно может распорядиться по своему произволу; в случае позднейшей готовности должника уплатить долг кредитор подлежит только личной, обязательственной ответственности перед должником. Вследствие этого подобная форма, гарантируя в полной мере интересы кредитора, совершенно не гарантировала интересов должника; она отдавала последнего на полный произвол первого и потому могла быть терпима в жизни лишь до тех пор, пока реальный кредит был явлением редким, случайным. Но уже некоторое дальнейшее развитие экономической жизни вызвало стремление к созданию иных, более удобных фигур реального обеспечения.

Прежде всего появляется залог с простой передачей владения (pignus римского права, «altere Satzung» германского права). Закладываемая вещь передается теперь кредитору не в его собственность, как прежде, а лишь в простое владение; собственность на вещь пока сохраняется за должником. В случае уплаты долга последний может вернуть себе ее при помощи обычного иска о собственности. В случае же неуплаты положение

кредитора в зависимости от договора сторон и местных обычаев определяется разно: иногда он делается теперь собственником вещи (lex commissoria римского права, Verfallpfand древнегерманского права, «закладная превращается в купчую» наших старых грамот и Уложения царя Алексея Михайловича); иногда же он имеет только право продажи заложенной вещи с целью своего удовлетворения (jus vendendi римского права, Verkaufspfand германского права). Право кредитора стало, таким образом, действительно вещным правом на ч у ж у ю в е щ ь, но далеко не определилось еще его непременное содержание: вместо права продажи в нем часто содержится право на удержание вещи в собственность. Кроме того, сплошь и рядом владение заложенной вещью соединяется для кредитора с правом п о л ь з о в а н и я ею, причем доходы от вещи либо идут вместо процентов, не погашая самого долга (Ewigsatzung германского права, mortgage французского), либо зачитаются в долг и погашают его (Todsatzung, vifgage).

Но залог с передачей владения часто в высокой степени неудобен для должника, а некоторые виды кредита при нем прямо невозможны: невозможен, например, кредит для улучшения имения (кредит мелиорационный). Ввиду этого уже в римском праве была создана новая, более совершенная форма залога – залог без передачи владения, носящий и доныне заимствованное из греческого оборота название ипотеки (hypotheca). Вещь остается в руках должника, который даже может ею пока что распорядиться, но в случае неуплаты долга в срок кредитор имеет право вытребовать ее из рук всякого владельца и употребить ее для удовлетворения своей претензии. В германском праве такая форма была известна под именем «n e u e r e S a t z u n g».

В дальнейшем развитии происходит постепенная очистка закладного права от его случайных исторических примесей и более точное определение его существенного, непременного содержания. Так, прежде всего отпадает право кредитора на пользование заложенной вещью: для обеспечительной функции закладного права оно совершенно излишне. Затем отпадает переход заложенной вещи при неуплате долга в собственность, и таким образом содержание закладного права сводится исключительно к праву требовать публичной продажи вещи с целью получения удовлетворения по долгу.

Но если в захваченных до сих пор рамках общий ход развития закладного права в римском праве и праве новых народов был приблизительно одинаков, то в целом ряде других вопросов между ними сказывается весьма существенная разница.

Прежде всего, римское право не различало и здесь вещей д в и ж и м ы х и н е д в и ж и м ы х: залог как тех, так и других был возможен, по желанию сторон, и с передачей владения (в форме pignus), и без передачи его

(в форме ипотеки). Право новых народов, напротив, соответственно своей общей указанной выше тенденции различает: залог движимых вещей имеет юридическую силу только тогда, когда он соединен с передачей их во владение кредитора («ручной залог», Faustpfand)[1]; залог же недвижимости, допускавший раньше и ту, и другую формы, в новейшем праве везде принимает вид только залога ипотечного.

В связи с этим находится описанное уже стремление нового права к осуществлению принципа публичности: эта публичность закладного права достигается по отношению к движимым вещам передачей закладываемой вещи (причем здесь также действует начало «Hand muss Hand wahren»), а по отношению к недвижимости – поземельной запиской. Мы видели, что потребность упорядочения поземельного кредита послужила первым толчком к созданию института поземельных книг.

Далее: позднейшее римское право допускало залог не только той или другой специальной вещи, но и всего имущества целиком – так называемая генеральная ипотека; при этом очень часто такие генеральные ипотеки устанавливались непосредственно самим законом (легальные генеральные ипотеки; например, уже в силу самого закона такая ипотека лежала на всем имуществе опекуна для обеспечения возможных требований опекаемого, на всем имуществе мужа по поводу дотальных требований жены и т. д.). Новейшее право, задавшись целью устранить всякую неопределенность в области реального кредита, пришло с естественной необходимостью к отрицанию подобных генеральных ипотек и к твердому проведению того, что называется принципом специальности залога: объектом залога может быть только известная определенная вещь.

Согласно римскому взгляду, закладное право должно обеспечивать кредитора, гарантируя ему удовлетворение по его требованию; оно не должно давать ему каких-либо выгод сверх того, но оно и не должно ставить его в положение худшее, чем то, в котором находится всякий обыкновенный кредитор. Вследствие этого, если после продажи заложенной вещи вырученная сумма окажется выше суммы требования, то излишек (hyperocha) кредитор должен вернуть должнику; если же вырученная сумма окажется ниже требования, то недополученное кредитор может взыскивать обыкновенным порядком с остального имущества должника. Старое право новых народов, напротив, держалось так называемого принципа исключительно-

[1] Из этого правила допускаются некоторыми законодательствами (Бельгии, Италии, Швейцарии, Франции и др.) только немногочисленные исключения, причем чаще всего «ипотека движимости» признается для залога скота, машин, сельскохозяйственных продуктов и т. п. (См. по этому поводу статьи Peiser'a, Guhl'я и др. в «Recht und Wirtschaft» за 1912 г., сентябрь.)

сти залога: заложенная вещь, переходившая часто, как сказано, даже в полную собственность кредитора, рассматривалась при неуплате долга как исключительное средство для удовлетворения этого последнего, как полная замена самого требования. Вследствие этого кредитор не обязан был возвращать излишка, но, с другой стороны, не мог требовать и доплаты. Рецепция римского права привела в этом пункте к торжеству римского воззрения: и действительно, старый принцип исключительности залога отнюдь не вытекает из экономического назначения закладного права; напротив, внося в него элемент риска, он только ослабляет обеспечительную функцию залога.

Но вопрос об отношении между закладным правом и обеспечиваемым требованием имеет еще другую сторону, которая по преимуществу занимает новейшие законодательства и, можно сказать, стоит в центре всего современного ипотечного права.

По своей юридической цели закладное право имеет служебный характер: оно должно лишь обеспечивать требование кредитора и потому является отношением добавочным к личному обязательственному отношению между кредитором и должником (принцип акцессорности залога). Вследствие этого, по римскому праву, закладное право возникает только тогда, когда возникает это главное обязательственное требование, погашается вместе с ним и подлежит всем возражениям, которые возможны против главного требования, например, возражению о безденежности займа, об ошибке или принуждении при его заключении и т. д. Говоря иначе, закладное право, с этой точки зрения, зависит в самом своем бытии от обеспечиваемого требования как от своего основания, как от своей causa.

Но этот принцип акцессорности залога имеет и свои огромные неудобства, особенно чувствительные с того момента, когда развивается потребность в циркуляции закладных прав. Давая ссуду под залог недвижимости, кредитор обыкновенно лишается своего капитала на более или менее продолжительное время; вместо наличности в его руках есть только залоговый документ. Между тем при известных обстоятельствах для кредитора может оказаться необходимым пустить этот залоговый документ в обращение, продать его еще до наступления срока платежа. С точки зрения акцессорности залога, такая продажа возможна лишь в виде переуступки самого обеспечиваемого требования вместе с обеспечивающим его закладным правом: приобретатель этого последнего окажется в положении личного кредитора и вместе с тем будет подлежать всем возражениям из обязательства. Но если приобретатель может проверить установление закладного права путем справки в поземельной книге, то он никаким образом не может проверить действительность личного требования, а между тем ничтожность этого последнего или его юридическая порочность может повлечь за собою впоследствии па-

дение самого закладного права. Понятно поэтому, что такая зависимость закладного права от обеспечиваемого им требования могла внушать неуверенность лицам, готовым приобрести закладное право, а вследствие этого являлась весьма серьезным тормозом для циркуляции залоговых бумаг.

Устранение этого тормоза и составляло одну из основных задач новейшего ипотечного права, причем наилучшее разрешение этой задачи для настоящего времени мы имеем в законодательствах германском и швейцарском.

Желая приспособиться ко всем возможным видам ипотечных отношений, эти законодательства предлагают обороту на выбор несколько залоговых форм: новое Германское Уложение знает таких форм пять, Швейцарское – три.

Прежде всего, для случаев ипотеки, не предназначенной, по намерениям сторон, для циркуляции, они сохраняют залог в его римской акцессорной форме; такова так называемая Sicherungshipothek* Германского Уложения и Grundpfandverschreibung** Швейцарского. Передача закладного права, конечно, и здесь возможна, но для данного рода ипотеки она составляет явление случайное, и потому приобретатель ее подлежит всем тем возражениям ex causa, какие могли бы быть предъявлены и против первого кредитора; закладное право черпает свою юридическую силу из обеспечиваемого им личного требования.

Для тех же случаев, когда стороны желают создать ипотеку, предназначенную для обращения, им предлагается форма с ослабленной зависимостью от личного требования, форма, которая носит в германском праве название «оборотной ипотеки» (Verkehrshypothek). Ослабление акцессорности выражается главным образом в том, что против добросовестного приобретателя такой ипотеки никакие возражения из личного требования не допускаются; принцип достоверности, освящающий занесенную в книгу ипотеку, распространяется таким образом и на обозначенное там в виде ее основания обеспечиваемое требование.

Для того, чтобы еще более облегчить циркуляцию залоговых прав, новейшее законодательство создает возможность получения залоговых свидетельств: устанавливая закладное право, собственник имения после записи в поземельной книге может испросить выдачу залогового свидетельства, которое и служит затем средством для всяких дальнейших передач: закладное право передается затем путем надписей на залоговом свидетельстве без обращения в учреждения, ведущие поземельные книги. Вследст-

---

* [обеспечительная ипотека – нем.]

** [ипотечное письменное обязательство – нем.]

вие этого «оборотная ипотека» германского права возможна в двух видах: без залогового свидетельства, как «B u c h h y p o t h e k »*, и со свидетельством, как «B r i e f h y p o t h e k »** Напротив, Швейцарское Уложение знает «оборотную ипотеку» только в этом последнем виде: всякая «Verkehrshypothek» должна непременно выразиться в форме залогового свидетельства – S c h u l- d b r i e f. Нужно, однако, сказать, что и в самой Германии теперь раздаются голоса в пользу такого же упрощения залоговых форм путем устранения Buchverkehrshypothek[1].

Но на указанном ослаблении акцессорности развитие современного закладного права не остановилось. Стремление к возможно большей «оборотоспособности» ипотечных бумаг вызвало уже в половине XIX столетия постановку вопроса о зависимости закладного права от требования в его самой радикальной форме, именно в форме попытки совершенно порвать эту зависимость. Первый решительный опыт в этом направлении был сделан в Мекленбургском ипотечном уставе 1848 г., который создал абстрактную форму залога в виде так называемого «вотчинного долга», G r u n d s c h u l d *** Это есть уже совершенно самостоятельное, ни в какой мере от личного обязательства независящее вещное право на получение из известной недвижимости определенной денежной суммы. Во имя чего и для какой цели это право устанавливается – это уже не имеет значения; оно существует само по себе, оно само в себе носит свою формальную causa****, само по себе переходит из рук в руки и т. д., вследствие чего его не без основания называют «в е щ н ы м в е к с е л е м ».

При этом такое абстрактное право к недвижимости может иметь своим содержанием не только получение известной денежной суммы сразу, но и получение определенных периодических платежей; в таком случае Grundschuld превращается в то, что называется «рентным долгом» – R e n t e n - s c h u l d .

Развивая предшествующие опыты в этом направлении «абстрагирования» закладного права, новейшие кодексы, германский и швейцарский, рядом с указанными выше видами ипотеки санкционируют и эти две формы Grundschuld и Rentenschuld, причем Швейцарское Уложение соединяет их в одну под общим именем «Gült»***** Согласно ст. 847 этого Уложения, при

---

* [ипотека, внесенная в поземельную книгу – нем.]

** [ипотека, удостоверенная ипотечным свидетельством – нем.]

[1] Ср., например, G G ü t h e . Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts. 1914. S. 134–135.

*** [поземельный долг – нем.]

**** [основание – лат.]

***** [доход с земельного участка – нем.]

этой форме долг лежит на недвижимости как земельная повинность (als Grundlast), без всякой личной ответственности должника и без всякого упоминания об обязательстве (о Schuldgrund) в поземельной книге.

Развитие всего этого ипотечного аппарата завершается тем, что как залоговая запись в поземельной книге, так и залоговое свидетельство может быть совершено на имя самого собственника обременяемого имения. Собственник вносит в поземельную книгу закладное право в известной сумме на свое имя или же берет на свое имя залоговое свидетельство. Затем он может распорядиться различно. Он может, во-первых, пустить это свое закладное право или (что чаще) залоговое свидетельство в обращение обыкновенным порядком; но он может, во-вторых, оставить эту ипотеку за собой, а для других устанавливать затем вторые, третьи и т. д. ипотеки: в таком случае, когда дело дойдет до продажи вещи, он сам явится первым по рангу залоговым кредитором и получит преимущественное удовлетворение из своей собственной вещи. Признание подобной ипотеки собственника на свою же собственную вещь (Eigentümerhypothek, или Eigentümergrundschuld) составляет чрезвычайно любопытное в принципиальном отношении нововведение современного права. Оно совершенно порывает с нашим привычным, воспитанным на римском праве представлением о закладном праве как праве на чужую вещь: в ипотеке собственника мы имеем некоторое своеобразное, способное к самостоятельному юридическому существованию абстрактное право на известную ценность, заключенную в вещи. Это право на ценность, это «Wertrecht», может скрываться в собственности, но может и выделиться из нее; выделившись, оно может быть употреблено для обеспечения долгового требования, но может явиться и самостоятельным объектом гражданского оборота. Раздвоение потребительной и меновой ценности вещи достигает здесь своего наивысшего напряжения.

Наконец, упомянем еще об одной характерной тенденции современного ипотечного права.

До тех пор, пока залог связывался непременно с передачей кредитору права собственности или владения, а также до тех пор, пока неуплата долга влекла за собой переход права собственности к кредитору, залог одной и той же вещи последовательно нескольким лицам был, очевидно, невозможен. Но с того момента, когда эти юридические условия пали и когда закладное право окончательно определилось как право на известную ценность, заключенную в вещи, не существует никаких препятствий для допущения на одну и ту же вещь нескольких закладных прав. Подобный повторный залог может представлять иногда существенную хозяйственную необходимость: имение, стоящее, например, 100 тысяч, в первый раз было заложено лишь в незначи-

тельной части своей ценности, например, всего в 20 тысяч; теперь возникает потребность в новом займе, который может быть получен лишь под залог того же имения. Но, разумеется, такой новый залог может быть допущен только под тем условием, чтобы он не подрывал прав первого кредитора. Это достигается принципом приоритета: старшее закладное право удовлетворяется в свое время полностью, и лишь остаток идет на удовлетворение второго, затем третьего и т. д. Таким образом, закладные права располагаются по отношению к удовлетворению в известном порядке по старшинству: первая закладная, вторая закладная и т. д.

Однако этот принцип приоритета может иметь неодинаковое значение. В более ранних законодательствах, по примеру римского права, ему придается тот смысл, что старшее закладное право только на время своего существования оттесняет последующие; в случае же его отпадения происходит естественное передвижение последующих закладных прав: второе делается первым, третье вторым и т. д. В противоположность этому, в новейших законодательствах (опять-таки по образцу Мекленбургского ипотечного устава) замечается тенденция к замене этого передвижения кредиторов принципом неподвижности залоговых мест: даже в случае уплаты первому кредитору последующие остаются на своих местах, а опустевшее место первого кредитора занимает сам собственник как его ипотекарный преемник. В основе этой тенденции лежит та мысль, что, с экономической точки зрения, вторая (а следовательно, и всякая дальнейшая) ипотека представляет собою нечто иное, чем первая. Давая ссуду под вторую ипотеку, кредитор всегда ввиду своего худшего положения выговаривает себе какие-либо иные выгоды, например, более высокие проценты. Вследствие этого нет никаких оснований предоставлять ему еще и ранг первого кредитора в случае удовлетворения этого последнего; это было бы решительной несправедливостью по отношению к собственнику[1]. Как бы то ни было, но эта тенденция к установлению неподвижности залоговых мест сказывается уже в Германском Уложении[2] и совершенно определенно провозглашается в Швейцарском[3].

Уже сделанное здесь самое общее и схематическое изложение новейшего развития ипотечного права может дать представление о том огромном прогрессе, который совершился в этой области в течение XIX века. И тем не менее здесь далеко еще от законченности, непрекращающееся развитие кредита ставит перед правом все новые и новые задачи.

---

[1] Ср. Güthe. L. cit., стр. 75–76.

[2] § 1163, 1168. – Ср. Güthe. L. cit., стр. 91–93.

[3] § 813–814. – Ср. Erläuterungen zum Vorentwurf, стр. 631.

Но все эти новейшие течения в сфере ипотечного права почти совершенно чужды нашему русскому праву. Наше законодательство вплоть до начала XIX века стояло на той точке зрения, что при неуплате долга «закладная превращается в купчую», т. е. кредитор приобретает право собственности на заложенную вещь. Лишь Банкротский Устав 1800 г. отменил этот архаический принцип, предписав необходимость публичной продажи. Некоторые дальнейшие специальные законы, и в особенности сенатская практика, пытаются внедрить более современные начала в нашу ипотечную систему, тем не менее она и до сих пор остается «ветхой храминой», в которой на каждом шагу дают себя чувствовать отголоски старых времен. Так например, наш закон принципиально запрещает собственнику отчуждение заложенного имения без предварительного погашения долга (ст. 1388 I ч. X тома); лишь при залоге имения в кредитных установлениях допускается продажа с переводом долга. Равным образом, согласно ст. 1630, запрещается вторичный залог той же вещи, вследствие чего принципиально отрицается возможность нескольких закладных прав; однако и здесь в 1862 г. было допущено исключение для имений, заложенных в кредитных установлениях, исключение, опираясь на которое, наша практика обходит указанное переживание старины. Согласно ст. 1653, запрещается передача закладных по надписям, т. е. опять-таки принципиально отвергается возможность циркуляции залоговых прав, хотя, конечно, и в этом отношении практика находит средства для удовлетворения насущной потребности. Наконец, при ипотеке недвижимости у нас действует еще старинный принцип исключительности залога: если при продаже заложенной вещи выручено меньше суммы долга, кредитор не имеет права взыскивать недополученное из остального имущества должника.

Достаточно уже этих примеров, чтобы убедиться, насколько наша действующая залоговая система не соответствует современному состоянию поземельного кредита, насколько она нуждается в коренной перестройке. Попытки такой перестройки тянутся у нас уже от пятидесятых годов прошлого столетия, но и до сих пор остаются в стадии проектов[1]. Выработанный редакционной комиссией для составления проекта Гражданского Уложения проект Книги III этого Уложения о Вотчинных правах не получил пока вовсе законодательного движения, а составленный той же комиссией и затем пересмотренный Особой комиссией Государственного Совета проект Вотчинного Устава внесен в Государственную Думу, но, по-видимому, еще нескоро дождется своей очереди.

[1] См. Базанов. Вотчинный режим в России, а также бар. Фрейтаг-Лоринговен. Материальное право проекта Вотчинного Устава. 1914 г., стр. 16 и сл.

Изложенные выше основные течения современного ипотечного права имеют в виду одну общую цель: создав условия, необходимые для уверенности и подвижности поземельного кредита, облегчить доступ капитала к земле и организовать таким образом некоторое сотрудничество между ними. Однако и здесь нас стерегут свои особые опасности. За известными пределами задолженность землевладения делается серьезным экономическим бедствием, сотрудничество денежного капитала превращается в тяжелое бремя для земледельческого хозяйства. Доля капитала в доходах от этого хозяйства возрастает настолько, что хозяйствующий собственник теряет энергию для его ведения. Таким образом, и здесь мы встречаемся в конце концов с тою же общею проблемой, которую мы видели в области прав на пользование чужой вещью: залоговые обременения не должны быть так велики, чтобы они приводили к подрыву стимулирующего значения собственности. Но разрешение этой проблемы выходит уже за пределы гражданского права. Во всяком случае прорывавшаяся иногда мысль об ограничении залоговой свободы собственника известной долей той ценности, которою обладает недвижимость (например, не свыше $^3/_4$ стоимости), современными законодательствами отвергается[1].

[1] Ср. Erläuterungen zum Vorentwurf eines Schweizerischen Civilgesefzbuchs, стр. 603–604.

XIII. ПРОБЛЕМА ВЛАДЕНИЯ

Вещные права – право собственности и права на чужие вещи – представляют собой, как мы видели, некоторые юридические, мысленные и в этом смысле идеальные отношения лиц к вещам. Но фактическое положение вещей может далеко расходиться с юридическим. Вещь может принадлежать юридически одному, а фактически находиться во власти другого. При этом такое фактическое нахождение вещи у другого может иметь для себя какое-нибудь юридическое оправдание (например, вещь отдана самим собственником во временное пользование, на сохранение и т. д.), но может его и не иметь; фактическое господство лица над вещью может даже оказаться прямым нарушением права: я, например, украл вещь или приобрел заведомо краденую, я завладел куском земли, принадлежащим соседу, и т. д. Благодаря самым разнообразным причинам, фактическое положение вещей может далеко разойтись с их юридическим распределением.

Вследствие этого и для права возникает необходимость различать вещные права как некоторые юридические отношения лиц к вещам от фактического господства над ними. Это последнее, фактическое господство, взятое независимо от вопроса о праве на него (jus possidendi)* и от вопроса о способе его приобретения (causa possessionis**), называется **владением** (possessio, possession, Besitz) и составляет одну из труднейших проблем гражданского права.

Казалось бы, государство, установив известную систему юридического распределения вещей, может считаться затем только с этим распределением. Казалось бы, что только эта система может претендовать на охрану с его стороны и что все противоречащее ей будет игнорируемо и устраняемо. И тем не менее со времен римского права во всяком культурном законодательстве мы встречаем прочно установившийся **принцип охраны владения** как такового от всяких частных посягательств на него. Всякий фактический владелец вещи может требовать от суда и властей защиты своего владения и притом не на том основании, что он имеет право на это владение, а просто на том, что он владеет или владел. Защиты своего владения может требовать не только владелец законный (собственник и т. д.), но и владелец явно неправомерный – тот, кто силой захватил чужое поле или кто тайно похитил чужую вещь. Конечно, если такое владение нарушает чьи-либо права, лица заинтересованные могут требовать восстановления этих прав **судом**: собственник, поле которого захвачено или вещь которого

---

* [право владения – лат.]

** [основание владения – лат.]

похищена, может предъявить иск о возвращении вещи на основании своего права собственности. Конечно, если завладение вещью совершилось в форме уголовного преступления, виновник будет привлечен к уголовной ответственности. Но пока ни того, ни другого нет, даже неправомерный владелец может требовать своей охраны от посторонних посягательств, даже от посягательства со стороны собственника. Уголовная ответственность может, например, отпасть за давностью или вследствие какого-нибудь помилования (манифеста), гражданский иск о возвращении вещи собственником не предъявлен; если теперь кто-нибудь, даже сам собственник, вздумает овладеть вещью самовольно, владелец может требовать своей охраны. И таким образом может случиться, что охране будет подлежать такое владение, которое самым вопиющим образом нарушает установленный законом правопорядок; может оказаться, что защищаться будет вор и насильник, который в самое оправдание своего иска о защите владения будет ссылаться на факт воровства и насилия.

Такое положение вещей не может не вызывать недоумения: кажется, что право, защищая даже владение незаконное, этим самым идет против своей собственной основной задачи – охранять закон и порядок, что оно подрывает под самим собой почву и утверждает то, что должно было отрицать.

Неудивительно поэтому, что для объяснения этого явления в науке гражданского права возникли разнообразные теории об основании защиты владения. Каждая из этих теорий пытается по-своему установить тот общий принцип, которым вызывается и определяется защита фактического господства. При этом естественно, что все эти теории имеют не только теоретическое значение: каждая из них, выдвигая ту или другую точку зрения, вместе с тем неизбежно приводит к целому ряду иных практических решений, чем другие.

Мы не станем излагать здесь всех теорий, выставленных на этот счет в течение XIX века, начиная с Савиньи. Но нельзя не остановиться на одной из них, именно на той, которая и доныне имеет большое распространение и может, пожалуй, даже казаться господствующей. Теория эта ведет свое начало от Иеринга и сводится к следующим основным положениям[1].

Пусть в отдельных случаях владельцами оказываются лица, не имеющие права на владение; но несомненно, что в огромном большинстве случаев владельцами являются собственники; право же, устанавливая те или другие нормы, должно считаться не с исключениями, а с правилом. Если же мы всмотримся ближе в положение собственников, то мы без труда заметим, что для них является желательным рядом с обыкновенным средством судебной

[1] Ihering. Über der Grund des Besitzesschutzes.

защиты – иском о собственности, требующим часто очень сложного доказательства права собственности, иметь облегченное и упрощенное средство, свободное от такого доказывания. Таким именно средством и является защита владения как такового: собственнику достаточно только доказать свой факт владения, чтобы получить его охрану. Владение, таким образом, охраняется в интересах права собственности как передовая позиция этого последнего, как его форпост; поэтому владение должно защищаться только там, где возможно предположение права собственности, и должно быть лишено защиты там, где такое предположение невозможно («wo kein Eigentum, da auch kein Besitz»). Однако, с другой стороны, раз желательно дать собственникам защиту, освобожденную от обязанности доказывать право на владение и опирающуюся на простой факт этого последнего, то неизбежно, что во многих случаях окажутся в состоянии воспользоваться ею и несобственники, даже воры и грабители. Но это уже необходимое зло, которое приходится «mit in den Kauf nehmen»*. Как солнце светит на правых и виноватых, так и владельческая защита распространяет свои благодеяния на лиц управомоченных и правонарушающих.

Нельзя не признать, что это учение Иеринга содержит в себе много подкупающего, и тем не менее ближайшая проверка неизбежно обнаруживает его теоретическую и практическую слабость. Конечно, облегченная посессорная (т. е. владельческая) защита дает и собственнику немалые выгоды, однако едва ли в этих выгодах заключается основной, определяющий принцип нашего своеобразного института.

Неправильность теории Иеринга обнаруживается главнейшим образом из следующих обстоятельств. Прежде всего, если владельческая защита создана в интересах лучшей охраны права собственности, тогда непонятно, почему эта защита направляется даже против собственника, почему против иска о восстановлении нарушенного владения не допускается самое ясное возражение о том, что ответчик, нарушитель владения истца, есть собственник и что он своим действием только восстановил правомерное состояние, вернул свою вещь себе. Утверждать, что допущение такого возражения в корень подорвало бы всякое значение владельческой защиты, едва ли правильно: владелец мог бы защищаться против всех, кроме собственника. Считать, что защита воров и грабителей есть некоторое неизбежное, неотделимое зло, также неосновательно: наглядный пример противного показывает Прусское Земское Уложение, которое постановляло, что (защищаемое) владение никогда не может быть приобретено путем акта частного насилия (Pr. Landrecht. I. 7. § 96: «Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz

* [«получать в покупке» – нем.]

einer Sache niemals erlangt werden»). Допущение доказательства, что ищущий защиты есть вор или грабитель, нисколько не превратило бы посессорную (опирающуюся на факт) защиту в петиторную (т. е. основанную на праве).

С другой стороны, вытекающее из теории Иеринга правило – «где не может быть собственности, там не может быть и владения» (wo kein Eigentum, da auch kein Besitz) – приводит к целому ряду положений, которые не согласуются с данными позитивного права и не могут быть приняты с точки зрения нашего нынешнего правосознания. Так например, отдельное право собственности немыслимо на составные части вещи; невозможно, например, особое право собственности на отдельные этажи дома или на отдельные квартиры; и тем не менее новейшие законодательства (определенно – Германское Уложение, § 865) признают полную возможность самостоятельного и защищаемого владения даже в случаях подобного рода. Далее, некоторые законодательства (например, наше русское) устанавливают известные ограничения в приобретении недвижимостей для некоторых категорий лиц – например, для евреев или для иностранцев; но признать, что вместе с тем эти лица лишены и защиты владения, что каждый может, например, насильно выгнать еврея из дома вне черты оседлости, решительно противоречит нашему представлению о самом элементарном правопорядке: это значило бы оставить всех этих лиц на полный произвол кулачного права[1].

Все эти соображения не могут не убеждать нас в том, что основные идеи защиты владения заключаются вовсе не в охране права собственности, а в чем-то другом. Но в чем же именно?

С теорией Иеринга в новейшее время успешно конкурирует т е о р и я г р а ж д а н с к о г о м и р а: владение защищается в интересах этого последнего. «На обеспеченности владельческих отношений, – говорит, например, один из представителей этой теории, Э н д е м а н н, – покоится порядок человеческого общежития. Охранять мир дома и через его посредство мир народа составляло всегда одну из высших задач общежития». Поэтому «охрану получает все, что гарантирует общественное спокойствие, и прежде всего фактически сложившийся порядок отношений лиц к вещам, так как он составляет непременное предположение всякого упорядоченного общежития»[2].

Чем далее, тем, по-видимому, более эта теория завоевывает себе признание, и составители Германского Уложения именно ее положили в основу своих норм о владении. «Предписания проекта, – говорят они, – исходят из той мысли, что защита владения имеет своим назначением обеспечивать

[1] Ср. П о к р о в с к и й. Владение в русском проекте гражданского уложения. «Журнал Мин. Юстиции». 1902, декабрь, стр. 31–33.

[2] E n d e m a n n. Lehrbuch des bürg. Rechts. T. II. 1905, стр. 128–129.

общественный мир охраной внешнего господства лиц над вещами»[1]. Выбором этой точки зрения германская комиссия выгодно отличается от комиссии, составлявшей наш русский проект, которая стала на точку зрения Иеринга и этим толкнула себя по целому ряду вопросов на ложный путь[2].

Не подлежит сомнению, что эта теория гражданского мира гораздо лучше схватывает основной дух нашего института и что, с ее точки зрения, все указанные выше явления кулачного права немыслимы. Но думается, что и она, ведя по практически правильному пути, в теоретическом отношении страдает некоторой неточностью: она несколько односторонне оттеняет полицейскую сторону владельческой охраны. Несомненно, что полицейская сторона исторически выступила прежде всего: в ней лежит зародыш уже римских преторских интердиктов, направленных на защиту владения, но, думается, зиждущий принцип этой защиты лежит значительно глубже.

И, кажется, что к постижению этого зиждущего принципа мы легче всего можем подойти следующим путем.

Обратимся к области уголовного права и представим себе преступника, приговоренного к наказанию – к тюремному заключению, к лишению всех прав, даже к смертной казни. Может ли частное лицо на том основании, что преступник лишен прав и приговорен к наказанию, лишить его свободы, избить или в случае осуждения к смертной казни убить? Так было в древнее время, когда преступник (при более тяжких преступлениях) лишался прав и этим ставился вне всякой охраны закона, отдавался на произвол всех и каждого («sacer esto» римского права, Friedlosigkeit древнегерманского и т. д.). Но не так стоит дело в праве более культурном. Преступник, даже приговоренный к смертной казни, продолжает сохранять пока свою человеческую личность; даже лишенный прав, он остается в глазах закона человеком. Пусть над ним впоследствии будет совершена казнь, но эту печальную функцию выполнит государство; для всех же частных лиц преступник остается неприкосновенным: убийство его или посягательство на его телесную неприкосновенность будет таким же уголовным преступлением, как и во всех других случаях. Беря на себя карательные обязанности, государство в то же время продолжает охранять человека от частных посягательств. Оно как бы говорит частным лицам: пусть этот человек преступник, но по этому поводу буду ведаться с ним я; я его покараю, для вас же он должен быть по-прежнему таким же человеком, как и все, такою же живою человеческою личностью, которая должна быть свята и неприкосновенна. «Мне отмщение, и аз воз-

[1] Denkschrift zum Entwurfe eines bürg. Gesetzbuchs, стр. 109.

[2] См. по этому поводу м о ю цит. выше статью, стр. 29 и сл.

дам!» – для вас же высшим законом должно быть уважение человека к человеку.

Такова бесспорная идея современного уголовного права. Но, думается, что эта идея выходит за пределы этого последнего, что она идет туда, где вообще затрагивается человеческая личность, и несет всюду требование уважения к ней. Проявлением этой идеи в гражданском праве и служит, по нашему мнению, защита владения.

Материально наша личность отнюдь не ограничивается пределами нашего тела. Каждого из нас окружает известная вещественная сфера, которая необходима для нашего существования и на которой лежит знак нашей личности: дом, в котором мы живем, вещи, которыми мы пользуемся, и т. д. Пусть это наше фактическое обладание нарушает чьи-либо права, для устранения нарушения может быть призвано государство, и, если при этом понадобится насилие над владельцем, оно будет произведено этим последним (государством). Но для частных лиц фактическое господство владельца должно быть неприкосновенным; этого требует растущее уважение к человеческой личности, этого требует истинно культурный строй отношений между людьми. Пусть нынешний владелец вещи вор и грабитель, но (за редкими исключениями самообороны и так называемого необходимого самоуправства) даже по отношению к нему никакое насилие или самовольство со стороны частных лиц не может быть терпимо; даже вор для них должен оставаться человеком.

Поэтому, если для Иеринга защита владельцев неправомерных является лишь неизбежным злом, которое приходится брать поневоле, то нам она кажется, напротив, кульминационным пунктом основной идеи. Именно по отношению к этим владельцам принцип уважения к человеческой личности подвергается наибольшему искушению, и потому охрана даже этих владельцев является его наивысшим торжеством.

Но высказываемая нами мысль отнюдь не должна быть понимаема в смысле возвращения к старой «деликтной теории» Савиньи. В противоположность этому последнему, с нашей точки зрения, владение защищается и должно защищаться не только тогда, когда нарушение его представляет собою непосредственное насилие над владельцем («Gewalt gegen die Person»): даже завладение вещью в отсутствие владельца и в ошибочном убеждении, что она никому не принадлежит, составляет (пусть невольное, но все же) вторжение в сферу чужой человеческой личности и потому по первому требованию должно быть прекращено. Если вы забрались в чужую усадьбу в предположении, что она брошена, то покинуть ее по первому требованию возвратившегося владельца вы так же обязаны, как и тогда, когда

мы пришли непрошеным: этого требует в обоих случаях одинаково указанный принцип уважения к чужой человеческой личности.

Напротив, гораздо ближе подходит к нашей идее теория Пухты, который усматривал в праве на защиту владения не что иное, как «некоторую особенную species* права личности» («eine besondere Species des Rechts der Persönlichkeit»). Однако дальнейшее развитие этой мысли у Пухты придало ей, по нашему мнению, неудачный вид: мы слышим уже у него и ссылку на возможную волю владельца и на предполагаемую правоспособность его; «во владении, – говорит он, – защищается возможность прав, следовательно – правоспособность». Но очевидно, что последовательное проведение этой мысли должно привести к тем же результатам, к которым приводит теория Иеринга – к беззащитности владения иностранца или еврея и т. д.

Как бы то ни было, но во всяком случае ясно одно: в институте защиты владения дело идет не о собственности и вообще не о таком или ином имущественном праве, а о начале гораздо более высоком и идеальном – о насаждении уважения к человеческой личности как таковой. И с этой стороны защита владения занимает свое почетное место в ряду всех тех явлений культурного гражданского права, которые были отмечены выше и которые имеют своей целью охрану человеческой личности, возрастающей в своем самосознании и требующей для себя все большего и большего признания.

Только с этой точки зрения делается вполне понятным и все историческое развитие владельческой защиты, в частности – ее неуклонное расширение.

Создателем защиты владения как такового является Рим. Руководясь общей идеей охраны гражданского мира и порядка, римский претор от охраны чисто полицейского спокойствия мало-помалу перешел к охране мира в более широком смысле, в смысле запрещения частного самоуправства вообще. Так возникли преторские посессорные (владельческие) интердикты, прообраз наших нынешних исков о защите владения. Но, создавая свои интердикты, претор еще не отдавал себе отчета во всей широте того принципа, на путь осуществления которого он вступил; он двигался в дальнейшем развитии их ощупью, повинуясь лишь непосредственным практическим требованиям жизни. Вследствие этого владельческая защита в Риме характеризуется некоторой незаконченностью и внутренней несогласованностью; право новых народов должно было во многих отношениях расширить и усовершенст-

* [вид, разновидность – лат.]

вовать оставленную Римом систему. Мы остановимся здесь только на самых основных явлениях в этой области.

Когда претор провозгласил принцип защиты владения как такового, перед ним и перед толковавшей его положения юриспруденцией, естественно, возник вопрос: к а к п о н и м а т ь э т о в л а д е н и е? Достаточно ли для его наличности и, следовательно, для получения права на защиту, простого фактического господства, или же этого мало? Дело в том, что в жизни встречаются случаи, когда вещь находится во власти лица, но так, что оно об этом нахождении вовсе не знает или владеть вещью не желает. Так например, некто вложил вещь в руку или в карман спящему; можно ли и такое господство считать владением? И римская юриспруденция ответила на этот вопрос отрицательно: для наличности владения в юридическом смысле необходим не только внешний факт господства (corpus possessionis), но и внутренний элемент – в о л я в л а д е т ь (animus possidendi); помимо воли лица владение для него возникнуть не может.

Это учение римских юристов перешло затем в юридическую доктрину новых народов и до самого последнего времени не возбуждало сомнений: как, в самом деле, признавать владельцем того, кто не имеет воли владеть, даже не имеет простого сознания своего владения? Однако со времен подготовки нового Германского Уложения наступил резкий поворот.

Когда был опубликован первый проект Уложения, санкционировавший это общее учение, он вызвал в этом вопросе горячую критику. В особенности указывалось на то, что это решение затрагивает не только такие, не имеющие реального значения случаи, как случай со спящим, но и явления гораздо более существенные. Вследствие этого правила невозможна, например, защита лиц неволеспособных (детей, безумных и т. д.): владение, приобретенное ими, не будет иметь значения, так как их воля вообще правом игнорируется. Между тем владельческая защита и здесь необходима, так как в противном случае эти лица оказались бы лишенными охраны закона. Под влиянием этой критики Германское Уложение отбросило старую доктрину и провозгласило, что владение приобретается только с установлением фактического господства над вещью; необходимость воли владеть была намеренно выброшена (§ 854)[1]. Примеру Германского Уложения последовало затем Швейцарское (ст.919)[2], и лишь наш русский проект остался на старой позиции, повторяя в своих объяснениях римские аргументы о спящем и о пленнике, который не владеет связывающими его веревками будто бы потому, что не имеет воли

[1] Ср. Denkschrift, стр. 161.
[2] Ср. Erläuterungen, стр. 796–797.

видеть[1]; вся история вопроса в германских комиссиях прошла для наших редакторов совершенно бесследно.

Между тем этот отказ от старой доктрины и связанное с ним расширение области защищаемого владения является бесспорным прогрессом: он обозначает более полное осуществление указанного выше основного принципа владельческой защиты. С точки зрения уважения к чужой человеческой личности, для всех третьих лиц совершенно достаточно того, что вещь находится в чьем-то фактическом обладании. Как относится лицо к своему обладанию, знает ли оно о нем или не знает, признается ли его воля правом или не признается, – все это должно быть для них безразлично: во владении охраняется не право владельца и не его воля (реформа Германского Уложения наносит последний удар так называемой в о л е в о й т е о р и и Bruns'a и других), а его личность.

Аналогичный процесс расширения сферы защищаемого владения наблюдается и в другом направлении. Защищая владение даже неправомерное, римское право в то же время ограничивало эту защиту в том отношении, что предоставляло ее только таким владельцам, которые владеют хотя и незаконно, н о д л я с е б я и о т с в о е г о и м е н и (которые имеют animus rem sibi habendi*, которые владеют suo nomine: таковы собственник, добросовестный приобретатель чужой вещи и т. д., но таковыми же являются и вор, и захватчик). Тем же лицам, которые владеют от чужого имени (alieno nomine: например, те, которым вещь была отдана в аренду, в безвозмездное пользование, на сохранение и т. д.), оно отказывало в праве на самостоятельную защиту: защищать их должны были те, от чьего имени они владеют (т. е те, кто дал в аренду, на сохранение и т. д.). Только за этими последними признавалось владение в собственном смысле (possessio); арендаторам же, поклажепринимателям и т. д. приписывалось лишь простое д е р ж а н и е (detentio).

Однако с течением времени уже само римское право допустило от этого правила целый ряд исключений. Жизнь показала, что в некоторых случаях такая посредственная защита «держателей» недостаточна. Так например, вещь была отдана в залог, но заложивший уже потерял надежду ее выкупить, вследствие чего у него нет теперь никакой охоты защищать владение кредитора от посторонних посягательств; если желательно защитить кредитора в его владении заложенной вещью, то, очевидно, необходимо дать ему самостоятельную защиту, несмотря на то, что он владеет от чужого имени. И претор, действительно, стал давать такую защиту, переводя этим самым залогодержателя из положения простого «детентора» в положение юридического

[1] Ср. м о ю цит. статью, стр. 35 и сл.

* [намерение обладать вещью для себя – лат.]

владельца (possessor'a). За залогодержателем по аналогичным практическим мотивам последовали некоторые другие виды владельцев от чужого имени (наследственный оброчный владелец; секвестрарий, т. е. тот, кому двумя спорящими лицами на время спора передана спорная вещь, и т. д.), и таким образом защита владения стала расширяться экстенсивно, захватывая разные категории дотоле бесправных «детенторов».

Но в самом римском праве развитие в этом направлении остановилось на полпути. Оно возобновилось в праве новых народов после рецепции: в течение средних и дальнейших веков самостоятельная владельческая защита была предоставлена мало-помалу арендаторам, поклажепринимателям и т. д., словом, почти всем владельцам «от чужого имени». Наконец Германское Уложение сделало последний принципиальный шаг, объявив всех держателей владельцами, имеющими право на самостоятельную защиту; в виде исключения в положении простых держателей остаются только те, которые владеют вещами какого-нибудь лица в его доме или хозяйстве (например, кучер, ухаживающий за моей лошадью; кухарка, хозяйничающая моей посудой, и т. д.). За Германским Уложением последовало Уложение Швейцарское, и таким образом в современном праве всякое владение – все равно, от своего или от чужого имени, – имеет право на самостоятельную защиту. Русский проект (ст. 878 окончательной редакции) сохраняет требование «намерения владеть имуществом для самого себя», но, как явствует из его дальнейших положений, а также из объяснений ко второй редакции, он понимает это «намерение владеть для самого себя» в столь «обширном» смысле, что оно окажется у всякого владельца[1].

Едва ли нам нужно говорить, что расширение защиты владения и в этом направлении в высокой степени соответствует тому общему началу, которое лежит в основании всего института владения: необходимость уважения к чужой человеческой личности не зависит от того, как человек владеет – от своего или от чужого имени. Вопрос этот может иметь значение для внутренних отношений между владельцем и тем, от чьего имени он владеет; для третьих же лиц достаточно того, что некто владеет. Поэтому даже упомянутое последнее ограничение Германского Уложения по отношению к так называемым «Besitzdiener»* может вызывать серьезные сомнения: если еще может быть спор о том, как быть в случае конфликта между господином и кучером или кухаркой, то едва ли целесообразно лишать этих последних права на защиту от посторонних лиц[2].

---

[1] Ср. м о ю цит. статью, стр. 36–37.

* [«владеющий по службе» – нем.]

[2] Ср. м о ю брошюру «Основные вопросы владения в новом Германском Уложении». 1899, стр. 15 и сл.

Но если распространение владельческой защиты на всех держателей предоставляло естественное и необходимое завершение исторического процесса, то оно создавало для гражданского права затруднение с другой стороны. Если держатели имеют теперь право на самостоятельную защиту, то каково владельческое положение их «хозяев», т. е. тех, от чьего имени они владеют? Утрачивают ли они вследствие этого всякое владельческое отношение к своей вещи или нет? Если признан, например, владельцем арендатор, то значит ли это, что собственник, отдавший в аренду, уже вовсе перестал владеть?

Ответ на этот вопрос представлял большие теоретические затруднения. Со времен римских юристов считалось аксиомой, что одновременное владение двух лиц одной и той же вещью («compossessio plurium in solidum») немыслимо. Конечно, возможно обладание по долям («compossessio pro partibus»: два сонаследника сообща владеют имением – один в двух третях, другой в одной трети); но невозможно совладение без долей, на всю вещь – in solidum. Оно, по словам римских юристов, невозможно так же, как невозможно одному лицу сидеть там, где сидит другой, или стоять там, где стоит другой. Где владеет один, там немыслимо владение другого, и потому, с этой точки зрения, признание арендатора и т. д. владельцем должно было бы с логической необходимостью влечь за собой отрицание владения хозяина.

Однако против этой логики решительно восстали потребности практической жизни. Что делать хозяину, если отданное им в аренду имение захватывается кем-либо посторонним, а арендатор защищать свое владение не желает или не может? Должен ли он беспомощно взирать на подобный захват, утешаясь только надеждой на иск об убытках?

Такое решение казалось абсолютно недопустимым, и Германское Уложение решилось и здесь на крупную теоретическую революцию: оно отбросило старое римское правило о невозможности compossessio plurium in solidum и признало обоих – и хозяина, и того, кто от его имени владеет, – владельцами. Арендатор, пожизненный владелец, залогодержатель и т. д. являются, по терминологии этого кодекса (§ 868), владельцами «непосредственными» (unmittelbare Besitzer), меж тем как хозяин – владельцем «посредственным» (mittelbare Besitzer). Против третьих лиц право на владельческую защиту имеет прежде всего владелец непосредственный, но если он защищаться не хочет или не может, тогда владельческая защита предоставляется владельцу посредственному. Если же владельческий конфликт возникает между ними самими, то предпочтение отдается первому, т. е. владельцу непосредственному.

Таким образом, в нашей области появилась доселе неведомая теории фигура двойного владения на одну и ту же вещь, причем владельцы стоят не рядом друг с другом (как при совладении по долям), а один над другим или один за другим, до некоторой степени наподобие средневекового сочетания dominium ditrectum и utile. Нужно, впрочем, сказать, что теория гражданского права до настоящего времени не может еще вполне освоиться с этой новой фигурой: некоторые из видных цивилистов считают ее крупной законодательной ошибкой. Однако с таким отрицательным мнением едва ли можно согласиться: мы видели, какие серьезные соображения привели к созданию этой фигуры. При этом нельзя упускать из виду, что сплошь и рядом отдача вещи во владение другого не вовсе уничтожает фактическое отношение к ней со стороны отдавшего: если я раздал весь свой дом отдельными квартирами внаймы, то это отнюдь не значит, что я утратил фактическое господство над домом. В тех же случаях, когда фактическое господство отдавшего как будто действительно прекращается (так будет по преимуществу при передаче движимой вещи внаймы, на сохранение и т. д.), дарование хозяину субсидиарной владельческой защиты обозначает лишь предоставление ему права защищать (правда, в своих интересах) сферу чужого фактического господства. Для третьих лиц фактическое владение должно быть неприкосновенно, так как за ним стоит чья-то человеческая личность; кто же именно выступит на защиту этой неприкосновенности, это вопрос второй, при решении которого могут иметь значение различные соображения чисто практического характера.

Как бы то ни было, пусть подлинная юридическая природа двойного владения остается до сих пор недостаточно выясненной, пусть даже практическая нормировка его в Германском Уложении не свободна от дефектов, – во всяком случае общее направление для решения проблемы им взято верно. И другие новейшие законодательства охотно пошли за ним. Двойное владение санкционируется Швейцарским Уложением (ст. 920), которое называет хозяина «самостоятельным» владельцем, а того, кто от его имени владеет – владельцем «несамостоятельным» (selbständiger – unselbständiger Besitzer). Равным образом реципирует эту фигуру и наш русский проект, который в ст. 879 окончательной редакции говорит: «Кто владеет имуществом как своим собственным, тот имеет владение самостоятельное (в виде собственности). Всякое иное владение, в силу вотчинного или договорного права, признается производным. Одно и то же имущество может быть в самостоятельном владении одного лица и вместе с тем в производном владении другого лица». Все это, думается, свидетельствует о том, что в фигуре двойного владения мы имеем нечто нужное и жизнеспособное.

Мы коснулись только самых основных вопросов, выдвинутых новейшим развитием в области владения; но уже их достаточно, чтобы убедиться, насколько все в этой области находится в настоящее время в стадии перестроек. Везде стоят еще леса, из-за которых видны лишь общие контуры вновь созидаемого здания. Но если мы всмотримся в общий фон этих контуров, мы заметим, что девизом безличного архитектора, создающего это здание, является именно указанный нами этический принцип уважения к человеческой личности.

XIV. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, ИХ ОБЩАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ ЭВОЛЮЦИЯ

Если вещные права представляют собой формы юридических отношений лиц к вещам, то обязательство является формой юридических, частноправовых отношений л и ц к л и ц а м. Конечно, и вещное право создает известные отношения ко всем членам гражданского общества (всякий обязан воздерживаться от нарушения моей власти над вещью), но эти отношения являются лишь отражением права на вещь, его дополнением и посредственным результатом. Равным образом и обязательство может иметь своей целью предоставление кредитору какой-либо вещи, но непосредственно отношения между кредитором и этой вещью оно не создает: такое отношение может явиться только как результат исполнения обязательства. Общим же назначением этого последнего является установление известного отношения между двумя лицами, в силу которого одно из них (должник) делается обязанным к известному специальному поведению (действию или бездействию) по адресу другого (кредитора). Обязательство, таким образом, создает в известном отношении некоторую связанность воли должника, некоторое – прежде всего психическое – принуждение для него, и с этой точки зрения всякое обязательство может быть характеризовано как частная норма поведения для должника в интересе кредитора, как некоторое специальное «долженствование» (долг).

Однако понятие обязательства проделало в истории длинную и сложную эволюцию, и в настоящее время оно далеко не то, чем оно было в начале своего существования, в ранних сумерках гражданского быта.

Древнейший зародыш обязательственных отношений кроется в той области, которую мы в настоящее время называем гражданскими правонарушениями или деликтами; договор как самостоятельный источник обязательств появляется значительно позднее. Но и в области деликтов понятие «долга» (Schuld) появилось не сразу, ему предшествовало понятие «о т в е т с т в е н н о с т и» (Haftung)[1].

Как известно, древнейшее право не вмешивалось в отношения между лицами по поводу частных правонарушений – по поводу посягательств на жизнь, телесную неприкосновенность и всяческих личных и имущественных обид: уголовного права в нашем смысле слова не существовало. Вследствие этого всякое подобное посягательство вызывало в качестве естественной реакции месть потерпевшего или его близких. Факт преступления создавал между преступником и потерпевшим известное л и ч н о е отношение; про-

[1] Ср. к этому O. G i e r k e . Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht. 1910.

литая кровь или нанесенная обида связывала обоих крепкой личной связью, которая могла быть разрешена только одним путем – местью. Обидчик подлежал мщению потерпевшего, он был ответствен перед ним, ответствен самой своей личностью. Какого-либо «долга» перед потерпевшим на нем нет, ни к какому исполнению в пользу потерпевшего он не обязан, но он «обречен» мщению этого последнего, «ответствен» перед ним: есть «Haftung», но нет еще «Schuld».

Однако мщение заключает в себе значительный элемент риска для самого мстящего; вследствие этого оно начинает заменяться нередко соглашением о выкупе – сначала при преступлениях более легких, где раздражение потерпевшего меньше, а потом и при более тяжких. Но и это соглашение не создает еще обязательства для обидчика: обязанности уплатить сумму условленного вознаграждения для него еще нет; скорее это его право: уплатив штраф, он освобождается от личной ответственности, между тем как при неуплате все возвращается в прежнее состояние, т. е. к отношениям мести и «обреченности» (Haftung). Если можно говорить о чьей-либо связанности при наличности соглашения о выкупе, то это будет скорее условная обязанность потерпевшего (так сказать, кредитора): он связан в том смысле, что обязан воздерживаться от мщения.

Вредное влияние частной мести на всю общественную жизнь, которую она часто глубоко потрясает, вызывая долговременную, переходящую из поколения в поколение вражду между целыми семьями, родами, кланами, заставляет, наконец, несколько окрепнувшую государственную власть вмешаться сюда со своей регламентацией. Государство запрещает месть, а взамен нее санкционирует в качестве обязательного тот порядок, который раньше был добровольным, т. е. устанавливает известные частные штрафы («вира», «wehrgeld» и т. д.) в виде обязательного выкупа. Но борьба государства с обычаем мести была нелегкой, и мы видим, например, в древнейшем римском праве, в праве законов XII таблиц, что частные штрафы устанавливаются сначала лишь для преступлений более легких; преступления более тяжкие влекут за собой по-прежнему мщение. Так например, устанавливая таксированные денежные штрафы за более легкие посягательства на телесную неприкосновенность (побои, реальные обиды), законы XII таблиц сохраняют еще для случая членовредительства (membrum ruptum) мщение по правилу «око за око, зуб за зуб» (принцип Талиона); устанавливая штраф в виде двойной стоимости вещи для простого воровства, они для того случая, когда вор был пойман на месте преступления (furtum manifestum), разрешают его немедленно убить. Государство, очевидно, чувствует себя еще не в силах справиться с раздраженной до крайности психологией потерпевших. Лишь

мало-помалу запрещение мести и расправы распространяется на все виды частных преступлений.

С установлением частных обязательных штрафов впервые возникает юридическое представление о некотором «долге» (Schuld) одного лица другому: преступник «должен» теперь сумму этого штрафа потерпевшему. Но неисполнение этой обязанности еще долго влечет за собой последствия, весьма близко подходящие к прежней личной расправе: древнейший «исполнительный процесс» обрушивается исключительно на л и ч н о с т ь должника и ведет к выдаче его «головой» в полное распоряжение кредитора, в превращение его в раба и даже к физическому уничтожению. Так например, еще римские законы XII таблиц на случай множественности кредиторов предоставляли им рассечь должника на части – норма, которая является бесспорным отголоском старого представления о неисправном должнике как о человеке лично и абсолютно «обреченном».

Позже, чем обязательства из деликтов, получают себе юридическое признание некоторые отдельные виды о б я з а т е л ь с т в из д о г о в о р о в . У разных народов эти древнейшие договорные типы неодинаковы, но всегда они представляют собой такие или иные строго формальные акты (формализм древнего права) и всегда неисполнение их влечет за собой такую же личную ответственность, «обреченность» (Haftung) должника, как и обязательства из правонарушений. Древнее право не различает еще правонарушения уголовного и гражданского; последнее обыкновенно вызывает такую же психологическую реакцию в душе потерпевшего, как и первое, и приводит к такой же личной расправе над неисправным должником. Одним из наиболее ранних видов договорного обязательства является поручительство в виде з а л о ж н и ч е с т в а : лицо, обязанное к исполнению чего-либо (к платежу штрафа, к явке на суд и т. д.), дает противной стороне заложника, который и является затем порукой. Но любопытно при этом то обстоятельство, что предоставление заложника переносило всю ответственность на этого последнего: при неисправности в исполнении обязательства истинный должник остается в стороне, а вся ответственность обрушивается на заложника; он подлежит теперь полному произволу кредитора, который может его убить, продать или удержать у себя в качестве раба[1]. К тому же результату приводит и древнейшее римское обязательство формального займа – n e x u m : должник при самом заключении договора обрекал себя («damnas esto»), самую свою личность, на случай неисправности в полное распоряжение кредитора, вследствие чего «исполнительный процесс» по такому обязательству выliва-

ется в форму легализованного овладения личностью должника путем «наложения руки» (manus injectio).

Все изложенное свидетельствует о том, что примитивное обязательство мыслилось как некоторая чисто личная связь между кредитором и должником, в силу которой последний является ответственным, «обреченным» первому. Идея «долга» (Schuld) исчезла в идее ответственности (Haftung); возможные отдельные виды «долга» представлялись лишь поводами (causae) для этой последней; быть должником значило в то время во всех случаях одинаково быть «обреченным» власти, произволу кредитора. В частности, имущественная сторона обязательства (если вообще дело шло об имуществе) не проступала наружу: разница в сумме долга не оказывала никакого влияния на юридические последствия неисправности: неуплата большой или малой суммы влекла за собой одинаково полное поступление должника во власть кредитора со всеми ее вышеупомянутыми атрибутами. Конечно, эта разница имела значение фактическое: при долге в незначительной сумме скорее могли найтись люди, которые пожелают должника выкупить, но если таковых не находилось, кредитор мог распорядиться с должником, как хотел. Идея имущественного взыскания была вообще чужда этой стадии обязательственных отношений: овладение личностью должника при неисправности отнюдь не было только средством для понуждения его к исполнению; оно было самостоятельным осуществлением той личной «обреченности», которая составляла основное содержание всякого обязательства того времени.

Дальнейшее развитие обязательственных отношений идет у разных народов разными путями, но общее направление этого развития заключается в постепенном ослаблении, а затем и полном уничтожении личной ответственности должника. Сначала запрещается убийство должника или продажа его в чужие руки; затем рабство у кредитора превращается в простую долговую кабалу, длящуюся только до отработки долга, или личное задержание, имеющее своей целью побудить должника или его близких к покрытию долга. Но и в том, и в другом смысле личная ответственность чем далее, тем более утрачивает реальное значение и вступает в коллизию с развивающимся чувством личной свободы. Частное задержание кредитором заменяется долговыми тюрьмами и приобретает характер некоторого наказания за неисправность. Наконец и эти последние исчезают, и тюремное заключение сохраняется только в виде обыкновенного уголовного наказания не за неисполнение как таковое, а за известные виды банкротства (злостное банкротство). Вместе с тем обязательство должно было, конечно, самым решительным образом изменить свой характер; в самое его понятие стало вкладываться иное содержание.

На первый план вступает имущественная сторона. С развитием экономического оборота обязательство делается основной формой этого последнего, и чем далее, тем более эта функция выступает вперед. Если в древнейшее время главным случаем обязательств были правонарушения, то теперь соотношение меняется: обязательства из деликтов стали теряться перед подавляющей массой обязательств из договоров Гражданская жизнь перестает удовлетворяться исконными прадедовскими шаблонами; развивающаяся личность берет хозяйственную инициативу в свои руки и в договоре находит надлежащее средство для ее осуществления. Стеснительный формализм древнего права постепенно смягчается, а затем и вовсе отпадает; необходимость определенной формы сохраняется лишь для некоторых исключительных по своему значению договорных типов. Договор делается живым фактором интенсивного имущественного общения, и это накладывает свой отпечаток на самый характер обязательства. Если прежде задавал тон в этом отношении деликт с его идеей личного мщения, то теперь определяющая роль переходит к договору с его основной имущественной функцией.

Эта перемена отражается в целом ряде явлений, из которых мы отметим только самые существенные.

Прежде всего она вызывает только что указанное отпадение личной ответственности должника и перенесение взыскания по обязательству на его имущество. Целью обязательства в огромном большинстве случаев является получение известной имущественной ценности от должника, и под влиянием этой преобладающей цели вырабатываются формы для такого имущественного взыскания. Вместе с тем в деловом обороте все более и более начинают смотреть на обязательство лишь как на некоторую имущественную статью: требование составляет часть в имуществе кредитора, долг – некоторый минус в имуществе должника; в целом обязательство представляется некоторой особой формой отношения между кредитором и имуществом этого последнего. Личность должника исчезает за его имуществом, и если еще сохраняет значение, то почти лишь как центр, вокруг которого стягивается подлежащее ответственности имущество. «Обязательство, – говорит, например, Зом [1], – связывает не волю должника, а только обязывает его имущество. Долг есть только уменьшение его имущества, а не его свободы. Долговое право есть часть имущественного права».

Превратившись главным образом в имущественное отношение, обязательство вступило на путь циркуляции и само

[1] Systematische Rechtswissenschaft, стр. 36.

сделалось объектом оборота. Пока оно было чисто личной связью двух лиц, связью, проникнутой еще значительным эмоциональным элементом, ни о какой переуступке обязательства от одного лица к другому не могло быть речи. Но когда оно стало в руках кредитора правом на получение некоторой ценности из имущества должника, никаких препятствий для его перехода из рук в руки не существует: должнику все равно, кому платить. Право допускает переуступку требований и направляет свое внимание на то, чтобы создать более легкие формы для их циркуляции.

Постепенно, работая в этом направлении, оно дошло до признания обязательств на предъявителя: должник сразу в подписываемом им документе изъявляет согласие уплатить тому, кто этот документ предъявит. Отвлечение от личного элемента достигает в этих обязательствах своего кульминационного пункта: должник не знает своего кредитора и не интересуется его узнать. Обязательство стало просто ценной бумагой, воплощением некоторой денежной ценности, гарантированной определенным имуществом. Легенда о царе Мидасе вспоминается снова...

Но как ни естественна вся эта перемена в понимании обязательства, она в то же время чревата и опасностями: за известными пределами начинается односторонность, приводящая к неправильным и вредным выводам.

Сосредоточив свое внимание на том, что обязательство есть средство для получения известной денежной суммы из имущества должника, мы рискуем прежде всего придать чрезмерное значение моменту взыскания. Может показаться, что там, где такого взыскания нет, нет и обязательства. И действительно, еще у римских юристов мы встречаем изречения вроде того, что должником может быть назван только тот, у кого помимо его воли могут быть взысканы деньги («debitor intelligitur esse is, a quo invito pecunia exigi potest»). Между тем такой вывод был бы абсолютно неправильным. Тем же римским юристам рядом с обязательствами исковыми, снабженными иском и взысканием, были известны и обязательства неисковые, которые они называли натуральными (obligationes naturales). Никакого взыскания такие обязательства не допускали, и тем не менее они не были юридическим нулем: добровольно по такому обязательству уплаченное не могло быть требуемо обратно как недолжно уплаченное; такое обязательство могло быть основанием для поручительства, залога и т. д. Словом, во всех случаях этого рода есть «долг» (Schuld), хотя и нет (имущественной) ответственности (Haftung). Правда, долгое время считали, что такие натуральные обязательства свойственны только старому римскому праву с его рабством и другими специфическими институтами, на почве которых возникали эти обязательства; однако более внимательное изучение современного права обнаружило, что они есть везде, во всякой системе гражданского права. Исчезло,

конечно, рабство и разные другие постановления позитивного римского права, но взамен их современное право знает иные случаи, когда есть долг, но нет иска. Таково, например, обязательство после погашения иска давностью: согласно господствующему учению западноевропейской юриспруденции, давность уничтожает иск, но не долг. Таково, далее, обязательство из игры; иска об уплате выигрыша предъявить нельзя, но и потребовать обратно уже уплаченное тоже нельзя. И так далее. В разных правовых системах случаи подобных натуральных обязательств могут быть разные, но важно то, что ни в одной из них система обязательств не исчерпывается обязательствами исковыми; рядом с ними существуют обязательства без взыскания и, следовательно, это последнее не составляет непременного признака обязательства как такового.

Тот же уклон в представлении об обязательстве приводит часто к заключению, что имущественное взыскание есть единственная принципиально возможная санкция обязательств: каково бы ни было содержание обязательства, единственным последствием его неисполнения может быть только взыскание причиненных этим неисполнением имущественных убытков. На этом основании, например, некоторые из наших русских цивилистов считают извращением обязательственной природы такие постановления, как ст. 1513 наших действующих гражданских законов или ст. 133 нашего (внесенного в Государственную Думу) проекта об обязательствах, в силу которых «веритель в случае неисполнения должником обязательства, имеющего предметом передачу особливо определенного имущества, вправе просить суд об отобрании имущества от должника и передаче ему, верителю»[1]. В этом постановлении усматривают внесение в обязательство чуждого ему вещно-правового элемента. Но с этим мнением согласиться невозможно. Требование кредитора о передаче ему in natura купленной вещи, раз она находится в руках должника, или о передаче ему сданной квартиры, раз она еще никем не занята, опирается, конечно, не на его вещное право, которого у него нет, а на его обязательственное право, в силу которого должник обязан к такой передаче. К каким средствам прибегнет право для вынуждения исполнения – это вопрос не существа обязательства, а практической целесообразности. Теоретически наиболее идеальным средством было бы такое, которое доставляло бы кредитору именно то, что составляет содержание обязательства, и там, где это технически возможно, как это имеет место в приведенных случаях, праву нет никаких оснований отказываться от исполнения in natura. Лишь там, где это невозможно или по тем или другим

[1] Шершеневич Учебник русск. гражд. права. Изд. 10, 1912, стр. 441–442; Трепицын Гражд. право губерний Царства Польского и русское. Общая часть обяз. права. 1914, стр. 6 и сл.

соображениям нецелесообразно, приходится довольствоваться средствами косвенными. И не следует при этом забывать, что денежное взыскание является прямым удовлетворением кредитора лишь в тех случаях, где содержание обязательства состояло в определенной денежной сумме; во всех же остальных оно служит лишь косвенным средством для побуждения должника и суррогатом исполнения для кредитора. Ввиду этого ошибочно провозглашать это средство в качестве единственного. Если обязательство есть право на действие должника, которое не может совершиться помимо его воли, то вполне мыслимы и разные другие средства, которые могут оказать влияние на эту волю: мыслима угроза штрафом, даже личным арестом и т. д. И действительно, современные законодательства знают отдельные случаи применения этих мер. Можно спорить по поводу желательности или нежелательности их в том или другом случае, но, повторяем, это вопрос практической целесообразности, а не самого существа обязательственных отношений.

Наконец, мы видели, какую роль играет это одностороннее представление об обязательстве в вопросе о договорах относительно действий неимущественного характера. Здесь эта односторонность, можно сказать, достигает своего кульминационного пункта: имущественная сторона объявляется единственной; все остальное отметается как незаслуживающее правовой охраны. Но мы говорили уже о том, насколько неосновательно подобное небрежение к весьма важным интересам человеческого существования и насколько оно противоречит развивающемуся культурному правосознанию. Пусть Мидас превращает многое в золото, но он не может заставить нас забыть о том, что человек нуждается для своей жизни не только в золоте.

Правильное представление об обязательстве должно быть одинаково далеко как от крайностей примитивной личной «обреченности» должника, так и от крайностей «имущественности». Обязательство не может заключать в себе превращения должника в объект, но, с другой стороны, оно не исчерпывается и простым отношением к имуществу. Оно есть юридическая форма отношений между лицами-субъектами, и его общей целью является установление некоторой специальной обязанности одного из них в пользу другого, некоторого специального поведения должника в интересах кредитора. Все мы обязаны в силу общей нормы закона к известному, общему для всех поведению по отношению к другим; все мы обязаны воздерживаться от посягательств на жизнь, телесную неприкосновенность, свободу и т. д. других; но более тесные отношения между людьми создают сплошь и рядом нужду в более конкретном регулировании взаимного поведения, в установлении таких или иных специальных норм для него. Такими специальными нормами и являются обязательства. К чему сводится эта специальная обязанность должника,

взятая им на себя по договору или возложенная на него (при деликтах) законом, это все равно, это определяется конкретными условиями и конкретными потребностями жизни; но никак нельзя отрицать того, что всякое обязательство имеет своей целью создать некоторую связанность воли должника, принудить его к известному поведению в интересах кредитора. И постольку во всяком обязательстве заключается некоторый личный элемент, игнорировать который невозможно. В одних обязательствах он больше, в других меньше; в одних условленное в договоре поведение имеет более личный характер, в других менее; но как всякое поведение зависит от воли лица, так и всякое обязательство есть допустимая законом форма давления на эту волю способом создания некоторой дополнительной «мотивации».

XV. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ДОГОВОРОВ. ПРОБЛЕМА ДОГОВОРНОЙ СВОБОДЫ

Договор, как мы видели, по самому своему назначению есть способ регулирования отношений между частными лицами сообразно их индивидуальным интересам и потребностям. Естественно поэтому, что зиждущей силой всякого договора является с о г л а ш е н и е сторон, т. е. их в о л я . Юридические последствия договора принципиально наступают именно потому, что их желали авторы договора.

Но воля есть внутренний психический момент, который сам по себе для посторонних лиц неуловим; для того, чтобы воля одного лица могла послужить основанием для соглашения с другим, необходимо, чтобы она была проявлена в каких-нибудь внешних знаках (словах, письме, действии), которые давали бы возможность судить о ее наличности. Другими словами, для возникновения договора, как и всякого юридического акта, необходима не только воля, но и в о л е и з ъ я в л е н и е .

Однако в силу самых разнообразных причин может случиться, что воля изъявленная не будет соответствовать воле внутренней, воля, на основании внешних знаков кажущаяся, не будет соответствовать воле действительной. Таковы случаи оговорки, описки, волеизъявления в шутку и т. д. Лицо хотело купить, но по рассеянности сказало вместо «продайте» «купите»; вместо «продайте за тринадцать» написало «продайте за тридцать» и т. д.

Не менее часты случаи, когда даже несомненная в момент заключения договора воля страдает настолько существенными пороками, что ее трудно признать в истинном смысле действительной. Таковы случаи ошибки, обмана, принуждения. Я действительно хотел купить данную вещь, потому что считал ее золотой, меж тем как она оказалась медной; я действительно обещал вам уплатить известную сумму, но лишь потому, что был вынужден к тому вашей угрозой, и т. д.

Во всех указанных случаях мы имеем перед собой по существу одно и то же явление – р а з л а д м е ж д у в о л е й д е й с т в и т е л ь н о й и в о л е й и з ъ я в л е н н о й, м е ж д у в о л е й и в о л е и з ъ я в л е н и е м . И перед правом возникает вопрос о том, как быть в подобных случаях, чему отдать предпочтение – воле изъявленной или воле действительной?

Вопрос не вызывает сомнений тогда, когда этот разлад был известен противной стороне, например, тогда, когда контрагент знал, что в слова или письмо изъявившего волю вкралась оговорка или описка; тогда, когда он понимал, что обещание было дано в шутку; тем более тогда, когда волеизъявление было вызвано его же обманом или угрозой. Признавать волеизъявле-

ние обязательным для его автора в подобных случаях нет решительно никаких оснований.

Но положение в высокой степени осложняется тогда, когда разлад между волей и волеизъявлением не был известен и не мог быть известен контрагенту, когда этот последний имел основания считать волю изъявленную за действительную. Перед правом возникает тогда крайне трудная дилемма. С одной стороны, кажется противоречащим природе договора возложение на изъявившего волю обязанности, которой он в действительности не желал; с другой стороны, нельзя игнорировать и интересы контрагента, который, положившись на волеизъявление, мог предпринять дальнейшие деловые шаги и для которого разрушение договора может причинить весьма серьезные убытки.

Нам уже приходилось упоминать о том, что для древнего права этой проблемы не существовало. Присущий ему формализм (подкреплявшийся строгой формальностью всяких сделок) исключал возможность самого вопроса о внутренней, действительной воле: все торжественно сказанное становилось законом; формула делового обещания была в глазах древнего человека не простым выражением мыслей, а чем-то значительно большим – некоторым мистическим заклятием, «обречением». Естественно поэтому, что всякое слово торжественной формулы было неприкосновенным, что вся она получала самодовлеющую непререкаемую силу. «Ein Mann – Ein Wort» – гласит старая немецкая поговорка; «слово – не воробей, вылетит – не поймаешь», – отвечает русская. Мы упоминали также о том, что вследствие этого даже сделка, заключенная под влиянием принуждения, считалась неоспоримой.

Но постепенно этот формализм испаряется; самодовлеющее значение слов исчезает, и тогда перед правом встает во весь рост указанная выше дилемма.

Уже римские юристы имели с ней дело; уже у них мы находим целый ряд весьма тонких решений ее в отдельных конкретных случаях, но при всем том какого-либо стоящего вне спора принципиального разрешения ее они не дали. Остается спорной она и по сей день.

В течение всей первой половины XIX столетия общее мнение юриспруденции склонялось на сторону предпочтения воли волеизъявлению. Исходя из той отмеченной выше мысли, что созидающая сила всякой сделки заключается в истинной воле сторон, приходили к выводу, что там, где такой воли нет, не может быть и речи о юридическом эффекте договора: есть только видимость последнего, а не его сущность.

Со второй половины столетия, однако, эта так называемая чистая в о л е в а я т е о р и я (reine Willenstheorie) начинает все чаще и чаще подвергаться сомнению и критике. Развитие интенсивного, порою даже лихорадоч-

ного оборота начинает ощущать эту теорию как серьезную помеху. Все энергичнее и настойчивее раздаются голоса о том, что нельзя игнорировать интересы ни в чем не повинных контрагентов, нельзя приносить в жертву индивидуальной ошибке или описке весь ход гражданского оборота с его непрерывным сцеплением деловых отношений. Каждый вправе доверять волеизъявлениям других, полагаться на них как на нечто серьезное и реальное. С другой стороны, каждый должен нести на себе ответственность за все свои действия, за все свои волеизъявления, за свое не только «быть», но и «казаться»[1]. И под влиянием этих соображений «волевой теории» была противопоставлена «т е о р и я и з ъ я в л е н и я» (Erklärungstheorie), или «т е о р и я д о в е р и я» (Vertrauenstheorie), или еще иначе, «т е о р и я о б о р о т а» (Verkehrstheorie): договор должен быть признаваем действительным и нерушимым.

Нетрудно заметить, что эта последняя теория является лишь отражением того общего течения, о котором приходилось уже говорить выше и которое в области вещного оборота привело к установлению принципа «Hand muss Hand wahren» по отношению к движимости и принципа публичной достоверности вотчинной записки по отношению к недвижимости. Как там, так и здесь основной тенденцией этого течения является соединение юридического эффекта с такими или иными внешними, для участников оборота легко распознаваемыми фактами, санкционирование «доверия к внешним фактам» («Vertrauen auf äussere Thatbestände»).

Нужно, однако, сказать, что если в области вещных прав это течение встречает только одиночные протесты, то в области договоров его успехи далеко не столь решительны. Правда, «волевая теория» должна была поступиться значительной долей своей категоричности, но зато и «теория доверия» в ее первоначальной непримиримой абсолютности защищается в настоящее время сравнительно немногими. Столкновение привело к взаимным уступкам, и если спор между обеими теориями еще продолжается, то лишь в том, какая из этих двух точек зрения должна быть положена в основу в виде общего, отправного принципа[2].

Не вдаваясь здесь в сколько-нибудь детальное обсуждение этого богатого разнообразными трудностями спора, отметим только следующее.

Не подлежит в настоящее время никакому сомнению то обстоятельство, что во всех случаях ошибки, описки и т. д. интересы другого контрагента не могут быть игнорируемы. Но правильно ли делать отсюда тот вывод, который делает «теория оборота», и требовать на этом основании полной дейст-

---

[1] Ср. N e u b e c k e r . Haftung für Wort und Werk. 1910, стр. 27.

[2] Ср. E n d e m a n n . Lehrbuch des bürg. Rechts. T. I, 1903, стр. 334, прим.

вительности договора? Соответствует ли это, в самом деле, тому принципу «доброй совести» (Treu und Glauben), на который ссылаются при этом представители названной теории?

Мы думаем, что нет. Конечно, контрагент лица, впавшего в ошибку, должен получить вознаграждение за вред, им действительно понесенный, за вред, происшедший от того, что он положился на серьезность сделанного ему волеизъявления. Другими словами, он вправе требовать того, что носит название «отрицательного договорного интереса» (negatives Vertragsinteresse). Если, например, я продал вам картину, ошибочно полагая, что она только копия, меж тем как в действительности она представляет ценный оригинал, то, разумеется, я обязан возместить вам издержки, понесенные вами на присылку людей или извозчика для ее перевозки. Но нет никаких оснований идти дальше этого и давать вам право требовать передачи самой картины или уплаты ее (конечно, высокой) стоимости, т. е. того, что называется «положительным договорным интересом» (positives Vertragsinteresse). Ошибка одного лица не может быть признана достаточным этическим и социальным основанием для обогащения за его счет другого. Если бы этого требовал принцип «доброй совести», то он сам имел бы в высокой степени сомнительную ценность.

И действительно, именно на эту точку зрения становятся новейшие законодательства. Только возмещение «отрицательного договорного интереса» дает § 122 Германского Уложения и притом с тем ограничением, что этот отрицательный интерес не может превышать того, что контрагент получил бы при полной действительности договора. Такое же правило содержит и ст. 33 нашего русского (внесенного в Государственную Думу) проекта об обязательствах. Наконец, тот же принцип усваивает себе Швейцарское обязательственное уложение 1911 г., однако со следующей характерной для этого кодекса добавкой: «Там, где это соответствует справедливости, судья может присудить возмещение и дальнейших убытков» (ст. 26: «Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen»). Нужно, впрочем, сказать, что вообще все нормы Швейцарского Уложения относительно ошибки поставлены под верховный контроль «справедливости»: ст. 25 говорит, что ссылка на ошибку вообще допустима только там, где это не противоречит началу «Treu und Glauben». Но, уклоняясь в сторону «теории оборота» в этом отношении, Швейцарское Уложение значительно отклоняется от нее в другом: в то время, как Германское Уложение и наш русский проект возлагают на контрагента, впавшего в ошибку, безусловную обязанность возмещения отрицательного договорного интереса, Швейцарское Уложение признает эту обязанность лишь в том случае, если он впал в ошибку по собственной небрежности, т. е. при наличности вины с его стороны (ст. 26).

Думаем, что как одно, так и другое отклонение не представляет усовершенствования и что нормы Германского Уложения или нашего проекта заслуживают безусловного предпочтения.

Что касается, в частности, ответственности лица, впавшего в ошибку только при наличности вины, то именно по отношению к этому случаю имеет полное значение возражение сторонников «теории оборота» о том, что вопрос о вине здесь неуместно ставить: каждый, вступая в деловые переговоры с посторонними лицами и вызывая этим их на деловые сношения с собой, естественно берет на себя и риск за все те убытки, которые могут произойти для этих последних вследствие каких-либо неправильностей в его заявлениях. В этом отношении «теория оборота», безусловно, права; ее преувеличение заключается только в том, что она выводит отсюда не необходимость возмещения «отрицательного договорного интереса», а полную действительность договора.

С другой стороны, ограничение права оспаривать договор, заключенный под влиянием ошибки, только теми случаями, когда такое оспаривание не противоречит началу «T r e u u n d G l a u b e n », лишает самую норму закона всякой определенности. О понятии «Treu und Glauben» нам приходилось говорить уже выше (гл. VI); придется коснуться его и ниже, поэтому сейчас останавливаться на нем мы не будем.

Как бы то ни было, но если мы оставим все подобные «отклонения» в стороне, то мы увидим, что все новейшие законодательства в виде о с н о в н о г о принципа в области договоров признают принцип не изъявления, а в о л и : только согласная и подлинная воля сторон может послужить основанием для возникновения предполагаемых договором прав и обязанностей. И полагаем, что только такую точку зрения можно признать правильной: в нормальной гражданско-правовой жизни не слепая случайность описки, ошибки и т. д., а только сознательная и свободная воля людей может быть поставлена в качестве активного, правотворящего агента. Только в п р и н ц и п е в о л и может найти себе надлежащее выражение идея частной автономии личности, и отказ от этого принципа лишил бы гражданское право той ариадниной нити, которая единственно может провести его через запутанный лабиринт всевозможных коллизий.

Всякий договор является осуществлением частной автономии, осуществлением той активной свободы, которая составляет необходимое предположение самого гражданского права. Вследствие этого верховным началом во всей этой области является п р и н ц и п д о г о в о р н о й с в о б о д ы .

Вместе с началом частной собственности этот принцип служит одним из краеугольных камней всего современного гражданского строя. Уничтожение этого принципа обозначало бы полный паралич гражданской жизни, обречение ее на неподвижность.

Но этот принцип имеет свое отрицательное и свое положительное выражение.

Прежде всего, с о т р и ц а т е л ь н о й с т о р о н ы, принцип договорной свободы обозначает то, что п р о т и в с в о е й в о л и н и к т о н е о б я з а н в с т у п а т ь в д о г о в о р. Положение это представляется естественным, и тем не менее в современном праве известны случаи, когда оно терпит известные ограничения. Есть предприятия, которые являются в своей области м о н о п о л ь н ы м и; иногда они находятся в руках государства (почта, телеграф), иногда же только этим последним концессионированы (железные дороги). Применение к ним указанного правила ставило бы всех частных лиц в полную зависимость от их произвола, вследствие чего для них устанавливается общая о б я з а н н о с т ь вступать в договоры, входящие в сферу отведенной им деятельности (так называемый Kontrahierungszwang). Отказ от профессиональных услуг без уважительных причин может послужить основанием для иска об убытках. Но если такая обязанность ко вступлению в договор по отношению к предприятиям концессионированным является общепризнанной, то в новейшее время ставится вопрос о распространении этой обязанности на все вообще предприятия, предлагающие свои услуги публике – аптеки, магазины, стоящих на улице извозчиков и т. д.[1] И думается, что это было бы правильно: всякий вправе рассчитывать, что те услуги, которые предлагаются публике вообще, будут оказаны и ему; открытие предприятия для публики должно быть сопряжено и с соответствующей обязанностью.

С п о л о ж и т е л ь н о й с т о р о н ы принцип договорной свободы обозначает п р а в о ч а с т н ы х л и ц з а к л ю ч а т ь д о г о в о р ы л ю б о г о с о д е р ж а н и я. Это неизбежное последствие самого назначения договора служить формой для определения частных отношений, для удовлетворения индивидуальных интересов. И мы видели уже, как с течением времени эта положительная сторона договорной свободы расширяется. Мы видели, как развивающееся гражданское право переходит от системы только определенных типичных договоров (так называемый numerus clausus договорных типов) к общему признанию всяких договоров действительными независимо от их соответствия тому или другому регулированному в законе образцу. Мы говорили также о том, как падает предубеждение против дого-

[1] Ср. D e r n b u r g. Das bürg. Recht. T. II, § 83.

воров на действия неимущественного характера. Вместе с ростом личности расширяется и положительное содержание принципа договорной свободы.

Но в то же время очевидно, что эта свобода не может быть безграничной. Право не может санкционировать договора об убийстве, о возбуждении бунта против властей и т. д.; это обозначало бы уничтожение самого правопорядка. Известные ограничения принципа договорной свободы неизбежны, и весь вопрос заключается только в том, как далеко они могут идти и в каких терминах они могут быть выражены. А это раскрывает перед нами новую и чрезвычайно трудную проблему – быть может, одну из самых труднейших проблем всего гражданского права.

Не подлежит, конечно, сомнению, что недопустим договор, противный закону: государство имеет право определять необходимые условия общежития, и естественно, что частным лицам не может быть предоставлена возможность идти против закона и разрушать устанавливаемый им порядок. Так же естественно, в частности, что закон может вносить те или другие ограничения в область частных соглашений, может запрещать, например, наем малолетних детей на фабричные работы, может устанавливать maximum рабочих часов и т. д. В зависимости от тех или иных соображений государство может идти по пути этих ограничений ближе или дальше, и вместе с тем договорная свобода частных лиц будет соответственно суживаться и расширяться. Подобно тому, как говорят об эластичности права собственности, можно говорить об эластичности договорной свободы. Каждое такое устанавливаемое законом ограничение подлежит, разумеется, оценке с точки зрения своей желательности и целесообразности, но самый принцип верховенства закона, повторяем, не может возбуждать сомнений.

Дело, однако, в высокой степени осложняется тем, что во всех современных законодательствах принцип договорной свободы подвергается ограничению не только со стороны закона, но и со стороны некоторых других внезаконных критериев. В качестве таковых являются обыкновенно «общественный порядок» и «добрые нравы». Закон, таким образом, как бы не доверяя своей бдительности, привлекает в роли добавочных контролеров некоторые другие инстанции. Но в чем они состоят?

Обратимся сначала к понятию «общественного порядка» (ordre public, öffentliche Ordnung). Образцом для введения этого ограничительного начала послужил Кодекс Наполеона, который в своем art. 1133 объявил, что всякий акт, противоречащий общественному порядку, является недозволенным (заключающим в себе «cause illicite»). Вслед за ним понятие общественного порядка появляется в нашей I ч. X т. Свода Законов (ст.1528)

и переходит в наш проект Гражданского Уложения всех редакций вплоть до нынешнего проекта об обязательствах (ст. 50). Но, разумеется, ближайшего определения этого понятия мы ни в одном из этих законодательств не найдем. Не подлежит сомнению, что «общественный порядок» мыслится здесь как нечто отличное от того порядка, который определен положительным законом (с административными распоряжениями включительно), а также от того, чего требуют «добрые нравы». Противным «общественному порядку», таким образом, может быть нечто такое, что не запрещено законами и что не нарушает «добрых нравов».

Что же это такое? Мы тщетно стали бы искать определенного ответа на этот вопрос. По признанию авторитетнейшего из комментаторов Французского Кодекса, Л о р а н а , нет во всем этом кодексе другой статьи, которая возбуждала бы столько споров и недоумений, как указанная ст. 1133; сам он также ограничивается сведением «общественного порядка» к еще более расплывчатой формуле «о б щ е с т в е н н о г о и н т е р е с а» («intérêt général»)[1]. Составители нашего проекта, защищаясь в объяснениях ко второй редакции от сделанных мною[2] по этому поводу возражений, могли только сказать, что «могут встречаться сделки, которые не нарушают закона и которых нельзя считать безнравственными в общепринятом смысле этого слова, н о к о т о р ы е н е с о г л а с у ю т с я с у с л о в и я м и о б щ е с т в е н н о й ж и з н и»[3]. Но очевидно, что этим они еще более затемняют вопрос, так как даваемая ими формула «не согласуется с условиями общественной жизни» окончательно вскрывает всю безбрежность и всю неопределенность понятия «общественного порядка», а вместе с тем и всю его негодность в качестве юридического критерия.

Все это было отлично понято редакторами Германского Уложения. Первый проект увлекся было примером Французского Кодекса, хотя авторы его сами сознавали, что такой законодательный шаг «vielleicht nicht ohne Bedenken ist»[4]. Однако во второй комиссии эти сомнения взяли уже решительный верх[5], и упоминание об «общественном порядке» было выброшено, так что это загадочное понятие в действующем германском праве не существует.

Равным образом и Швейцарское Уложение об обязательствах в ст. 20 говорит только о том, что недействителен договор, содержание которого

---

[1] L a u r e n t . Principes de droit civil français. T. XVI, 124 (стр. 171).

[2] М о я статья «Юридические сделки в проекте гражданского уложения». – «Вестник права», 1904, кн. I, стр. 100–101.

[3] Гражданское Уложение, кн. I. Положения общие. Вторая редакция. К ст. 94.

[4] [«вероятно, невозможен без обдумывания» – нем.] – Motive. I, стр. 211.

[5] Protokolle. I, стр. 124.

невозможно, противозаконно или нарушает добрые нравы; об «общественном порядке» здесь не упоминается. Правда, это понятие встречается в предыдущей ст. 19, но лишь при определении тех случаев, когда не допускается соглашение, отступающее от предписаний закона: закон, регулирующий «общественный порядок», рассматривается, таким образом, как норма принудительная, quae pactis privatorum mutari non potest*, а самый «общественный порядок» мыслится как нечто определенное положительными предписаниями закона. Очевидно, что мы имеем здесь нечто совершенно иное, чем то, что рисуется Кодексу Французскому или авторам нашего проекта.

И мы полагаем, что в интересах нашего будущего Гражданского Уложения следует пожелать, чтобы понятие «общественного порядка», по примеру Уложений Германского и Швейцарского, было из нашего проекта исключено. Дело государства определить все то, что необходимо для бытия общественного порядка, положительными предписаниями закона, и тогда, естественно, всякие сделки, противные общественному порядку, будут невозможны уже потому, что они противны закону. Создавать еще какой-то иной контроль, с точки зрения «условий общественной жизни», – значит ставить граждан перед полной неопределенностью.

* * *

Но если критерий «общественного порядка» является лишь специальностью некоторых кодексов, то того же нельзя сказать относительно другой из упомянутых выше внезаконных инстанций, именно «добрых нравов» (bonnes moeurs, gute Sitten). Правило, что договор, противный добрым нравам, ничтожен, является некоторой универсальной аксиомой, освященной к тому же высоким авторитетом римского права: самый термин «добрые нравы» ведет свое начало от римского «boni mores». С другой стороны, если понятие «общественного порядка» представляется в общем ходе современного гражданского права фигурой вымирающей, то, напротив, сфера употребления понятия «добрых нравов» обнаруживает в новейших законодательствах тенденцию к расширению: мы встречаем это понятие не только в качестве границы договорной свободы, но и в качестве самостоятельного источника ответственности за вред (§ 826 Германского Уложения, о котором ниже). Значение «добрых нравов» растет, и это тем более налагает на юриспруденцию обязанность разобраться в этом понятии, определить его подлинную принципиальную природу.

---

* [«который не может быть изменен частными соглашениями» – лат.]

Между тем, несмотря на свое двухтысячелетнее существование, понятие «добрых нравов» только недавно стало привлекать к себе научное внимание. И тут-то оказалось, что мы имеем перед собой не нечто точное и определенное, а некоторую сплошную загадку, разрешить которую юристы до сих пор не в состоянии. Литература о «добрых нравах» растет, но этот рост служит только источником все новых и новых недоумений.

Если мы оставим подробности в стороне, то все разнообразие мнений по поводу «добрых нравов» мы можем свести к двум основным направлениям[1].

Одно из них отождествляет «добрые нравы» с нравственностью (gute Sitten = Sittlichkeit): договор, противный добрым нравам, есть не что иное, как договор, противный нравственности. На этой точке зрения стоит, например, Lotmar, который своим сочинением «Der unmoralische Vertrag»* (1896) дал первый толчок к обсуждению нашего вопроса; сюда же примыкают Колер, Гахенбург, Энекцерус, Эртман и целый ряд других[2]. С этой точки зрения норме о «добрых нравах» приписывается огромное, быть может, еще недостаточно оцененное значение: она обозначает принципиальное подчинение права морали и опровергает ходячее мнение о полной разделенности этих двух областей[3].

Но если «добрые нравы» равны нравственности, то, спрашивается, какая мерка этой последней должна быть принимаема во внимание? Вправе ли судья применять свои личные представления о нравственном? Нет, отвечает Лотмар; судья, воодушевленный поклонник Ницше, считающий нашу нынешнюю христианскую мораль моралью рабов или стадных животных и думающий о переоценке моральных ценностей, никоим образом не должен применять эти свои личные взгляды; в суде должна действовать мораль общепризнанная и даже более того – мораль фактически реализованная.

Но где критерий такой общепризнанности и фактической реализованности? Дело в том, что в современных обществах мы сплошь и рядом встречаемся со значительными различиями в этом отношении в связи с различием общественных групп, классов и т. д. Должен ли судья становиться каждый раз на моральную точку зрения того класса, к которому принадлежат тяжущиеся, и таким образом применять мораль различную? Нет, отвечает тот же Лотмар, а за ним и другие: это не соответствовало бы тому высокому назначению, которое отводит законодатель нашей норме; «добрые нравы» должны

---

[1] Ср. H. Herzog. Zum Begriffe der guten Sitten в серии «Studien zur Erläuterung des bürg. Rechts», вып. 33, 1910.

* [«Безнравственный договор» – нем.]

[2] На этой же точке зрения стояла и наша редакционная комиссия. См. Объяснения к ст. 88 первого проекта общей части.

[3] Lotmar, l. cit., стр. 4.

быть для всего народа понятием единым. А если так, то, спрашивается, воззрениям какой же общественной группы надо отдать предпочтение? На этот вопрос многие отвечают общей фразой: воззрениям господствующих групп. Но какие группы должны быть признаны «господствующими»? Те, которые преобладают численно, или те, которые занимают высшее социальное положение, или еще какие-нибудь иные? Дойдя до этого вопроса, наша теория переходит к критерию «прилично и справедливо мыслящих людей» («anständig und gerecht denkenden Menschen»): этически господствующей группой должны быть признаны эти последние. «Конечно, – говорит, например, К о л е р [1], – при рассмотрении вопроса о нравственности приходится считаться с народными убеждениями, но не с убеждениями масс, а только тех, которые в нравственном отношении являются вождями народа. Если, например, значительная часть народа, пусть даже две трети его, не видит ничего зазорного в контрабандном промысле, то мы все-таки не можем признать его нравственным, хотя бы дело шло о чужой таможне... Право должно стоять на той почве, на которой стоят духовные руководители народные, а не на низинах и не на ступени тех, которые высшими идеями пожертвуют ради денег и материальных выгод».

Но если так, если критерием «добрых нравов» в смысле нравственности в конечном счете оказываются «духовные вожди народа», «люди, прилично и справедливо мыслящие», то очевидно, что решение вопроса о том, кто эти «духовные вожди», будет зависеть исключительно от тех или других личных воззрений судьи на этот счет. Теория завершила свой круг и, думая, что она подвигается вперед, вернулась к тому месту, от которого хотела уйти, т. е. к признанию судейского субъективизма.

Всех этих затруднений думает избежать другое направление в нашем вопросе, которое решительно отрицает отождествление «добрых нравов» с нравственностью. «Добрые нравы», согласно этому учению, не требования нравственности, а именно живущие в данном народе правила приличия. «Добрые нравы, – говорит, например, Л е о н г а р д [2], – далеко не тождественны с требованиями нравственности. Нравы покоятся на внешних правилах благоприличия, нравственность – на внутреннем состоянии совести». «Цель запрещения посягательств на добрые нравы, – говорит тот же автор в другом месте[3], – отнюдь не штрафная и не воспитательная. Задача судьи заключается не в том, чтобы карать, и еще более не в том, чтобы, подобно духовному пастырю, заботиться

---

[1] Гражданское право Германии. Рус. пер. под ред. Н е ч а е в а , стр. 197.

[2] L e o n h a r d . Das Recht des BGB in Einzeldarstellungen. Der allg. Theil. 1910, стр. 372.

[3] Статья «Verstoss gegen die guten Sitten» в сборнике «Aus römischem und bürgerlichem Recht» в честь J. E. Bekker'a. 1907, стр. 99.

о спасении душ. Целью запрещения является не борьба с безнравственными движениями человеческой души, а охрана того ценного культурного богатства, которое имеет каждый народ в своих нравах». Ибо нравы суть не что иное, как отложение старой культуры народа, продукт его долголетней истории.

Однако и это направление, как ни отличается оно от предыдущего, в конце концов натыкается на те же недоумения. С точки зрения Леонгарда и его последователей, должны были бы подлежать охране всякие нравы, так как все они в одинаковой мере являются отложением старой культуры. Между тем закон воспрещает нарушение не всяких, а только «д о б р ы х » нравов, очевидно, предполагая, что есть нравы и недобрые, которые охраны не заслуживают. И действительно, нравы являются отложением не только старой культуры, но и старых предрассудков; охрана же последних, разумеется, не может входить в намерения законодателя.

Но если среди нравов должен быть произведен отбор «добрых» от «недобрых», то мы с логической необходимостью попадаем в стремительный поток тех же вопросов, с которыми мы только что имели дело. Где взять критерий для такого отбора? В воззрениях народа? В воззрениях господствующей группы? и т. д. И, разумеется, мы и здесь, в конце концов, придем к тому же полному судейскому субъективизму, к которому нас привело направление вышерассмотренное: оба рукава [реки], начинаясь далеко друг от друга, попадают на одни и те же пороги и разбиваются в одном и том же водовороте.

Полную неопределенность и принципиальную неуловимость понятия «добрых нравов» подтверждает и обозрение судебной практики. Но в то же время это обозрение приводит всех обозревателей к некоторому весьма любопытному для характеристики нашего понятия выводу.

Известный германский цивилист Д е р н б у р г , иллюстрируя понятие «добрых нравов», берет случай покупки браслета для любовницы и спрашивает, можно ли признать такой договор недействительным, как противоречащий «добрым нравам». Ответ гласит: нет; разрушение договора принесло бы здесь гораздо больший вред обороту, чем та выгода, которую мы получили бы от проблематической защиты нравственности. Только те договоры, заключает он, должны быть признаваемы противными «добрым нравам», которых юридическое признание «н е с о в м е с т и м о с з д о р о в ы м , в э т о м с м ы с л е д о б р ы м , с о ц и а л ь н ы м с о с т о я н и е м » (deren rechtliche Anerkennung mit einem gesunden, in diesem Sinne guten, socialen Zustande unvereinbar ist»)[1].

[1] D e r n b u r g Das bürg. Recht. T. I, 1902, стр. 375.

К аналогичной конечной формуле приходит и целый ряд других. В отдельных случаях, говорит, например, Planck, задача заключается в том, чтобы исследовать экономическую и социальную подпочву их. В конечном счете, говорит Vogel, должна служить критерием та мораль, которая наилучше соответствует пользе общества. Противно «добрым нравам» то, что несовместимо с общественным благосостоянием («mit der gesellschaftlichen Wohlfart» – Fuld) и т. д. Иногда, наконец, формула еще более упрощается: договор должен быть признан противным «добрым нравам» там, где «это юридически необходимо» («wo es rechtlich nothwendig erscheine»), где он содержит нарушение «юридически важных интересов» («eine Verletzung rechtlich beachtlicher Interessen»)[1].

Мы видим, таким образом, что из понятия «добрых нравов» исчезает и элемент нравственности, и элемент нравов как таковых; и та, и другие были лишь каким-то туманом, скрывавшим некоторую подлинную реальность совершенно иного порядка. Нравственность и нравы, на охрану которых как будто выступало право и которым оно, точно вассал, подчинялось, оказались сами в подчинении у некоторой высшей инстанции – социальных интересов, общественного благосостояния и т. д., т. е., в конечном счете, у того же права[2].

Спадает туманная завеса, создавшая иллюзию какой-то определенности, и мы оказываемся лицом к лицу с целой огромной областью не нравственных и не «нравных», а чисто юридических проблем. Понятие «добрых нравов» оказывается условной формулой, при раскрытии которой отходят в сторону всякие соображения морали или благоприличия и на сцену выступают критерии чисто правового характера, только критерии не сознанные, не «обобществленные», остающиеся в стадии субъективного усмотрения судей.

Неудивительно поэтому, если понятие «добрых нравов» встречает горячие симпатии со стороны представителей так называемого «свободного права»: оно открывает им неограниченные возможности для осуществления «конкретной справедливости», для «взвешивания интересов» и других тому подобных опытов социального воздействия при посредстве свободного судейского усмотрения. Неудивительно, с другой стороны, если именно поэто-

---

[1] Ср. обозрение литературы у Herzog'a, l. cit.

[2] Ср. v. Thur Der allg. Theil des deutsch. bürg. Rechts. T. II, 1914 (Bindings Syst. Handbuch), стр. 183. «Dieser durch das Gebiet der Moral führende Umweg scheint mir aber der Sachlage nicht zu entsprechen... Das Gesetz sanktioniert... nur solche Bindungen, welche mit unseren socialen und wirtschaftlichen Zuständen vereinbar sind». – [«Этот окольный путь, проходящий через область морали, представляется мне не соответствующим положению вещей... Закон санкционирует только те обязательства, которые совместимы с нашими социальными и экономическими условиями» – нем.]

му понятие «добрых нравов» вызывает и самые внушительные сомнения: недаром, например, такой цивилист, как Planiol, называет правило о «добрых нравах» одним из самых сомнительных («un des plus redoutables»); при известном его применении всякая гражданская свобода может быть задавлена («la liberté civile pourrait y sombrer»)[1].

Во всяком случае, если понятие «добрых нравов» только прикрывает собою целый ряд неосознанных чисто юридических проблем, то мы вправе требовать от законодателя, чтобы он, а не судья, приложил и прилагал все старания для их разрешения. Правило о «добрых нравах» не достоинство кодекса, а его больное место: в лучшем случае оно только знак, отмечающий неразработанное, топкое место в правовой системе. Но очевидно, что сохранение, а тем более расширение подобных топких мест не может входить в идеалы законодателя. До поры до времени теневые стороны «добрых нравов» могут не давать себя знать; ощущение их неопределенности может растворяться в сложном концерте социальной психологии; но если этим понятием завладеет направление «свободного права», то в скором времени превратит его в настоящее социальное бедствие. Конечно, в известных пределах правило о «добрых нравах» было использовано до сих пор в удачном смысле, но смеем думать, что те же результаты могли бы быть достигнуты при помощи старого «общего духа» или «общего смысла» законов[2]. Разумеется, что и эти понятия открывают широкий простор для «судейского правотворения»; однако огромная разница заключается в том, что они принципиально направляют внимание судьи к закону как к объективному источнику норм, меж тем как всякие «каучуковые параграфы», вроде нашего правила о «добрых нравах», развязывают его естественное тяготение к «юрисдикции чувства». Но обо всем этом нам приходилось говорить уже выше...

* * *

Положение дела еще более ухудшается тем, что «общественным порядком» и «добрыми нравами» внезаконный контроль над осуществлением принципа договорной свободы не кончается; под влиянием тенденций того же «свободного права» к ним грозит присоединиться в той же роли еще один

---

[1] Traité élém. de droit civil. T. I, § 294.

[2] Заслуживает в этом отношении внимания указание Eckstein'a («Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit» в Archiv für bürg. Recht. Bd. 38, 1912, стр. 195 и сл.) на то, что прежде нежели ставить вопрос о «добрых нравах», надо поставить вопрос о самой возможности содержания договора. И тогда окажется, что многие договоры, которые рассматривались до сих пор как противные «добрым нравам», недопустимы просто вследствие неотчуждаемости того блага, которое составляет содержание договора.

фактор – тот принцип «доброй совести», «Treu und Glauben», о котором нам приходилось уже упоминать.

О верховном значении этого принципа во всем Швейцарском Уложении мы говорили. Но и другие новейшие кодексы отводят ему большую роль, особенно в области обязательственных отношений. Основными положениями, в которых этот принцип находит себе место, являются § 157 и 242 Германского Уложения и соответствующие им статьи 72 и 78 нашего (внесенного в Государственную Думу) проекта об обязательствах. Первая из этих статей гласит: «Договоры должны быть изъясняемы по точному их смыслу, по доброй совести и намерению лиц, их заключающих». Согласно второй, «должник обязан исполнить свое обязательство добросовестно и согласно принятому в деловых отношениях порядку». Казалось бы, правила самые простые и естественные, но тем не менее и они окутались в германской литературе густым туманом.

Идея «доброй совести» в деловых отношениях ведет также свое происхождение от римской «bona fides». Как мы говорили, старое римское право было проникнуто строгим формализмом: действовало не то, что было желаемо, а то, что было сказано; буква договора преобладала над его мыслью. С течением времени, однако, эта формалистическая тенденция ослабляется: рядом со старыми строгими договорами (так называемыми obligationes stricti juris) появляются договоры «доброй совести» (obligationes bonae fidei), т. е. такие, содержание которых определяется не их буквой, а истинными намерениями сторон или, при их неясности, обычаями делового оборота. Еще позже даже по отношению к строгим договорам (главным образом stipulatio) претор стал проводить то же начало «доброй совести» при посредстве особого возражения о недобросовестности истца, exceptio doli, возражения, которое у новых (пандектных) юристов получило название «exceptio doli generalis».

Содержание тех требований, которые заключались в понятии bona fides, в римской истории менялось: то, что в одну эпоху требовало определенного соглашения сторон, в другую эпоху, по мере того, как это соглашение делалось в жизни обычным и нормальным, начинало предполагаться, и, таким образом, входило в состав самого понятия bona fides[1]. Но во всяком случае основной идеей этого понятия была охрана истинного смысла договора против его буквы, охрана того, что обозначается выражением «Vertragstreue».

[1] Ср. Wendt. Die exceptio doli generalis im heutigen Recht в «Archiv für die civilistische Praxis». T. 100, 1906.

Однако к этой основной функции благодаря особенностям римской претуры присоединялась и другая: пользуясь своими исключительными полномочиями в деле юрисдикции, преторы нередко употребляли указанную exceptio doli не только для осуществления истинного смысла соглашения сторон, но и для проведения того, что им, т. е. преторам, казалось справедливым. Благодаря этому exceptio doli являлась в таких случаях общим проводником идей «справедливости», «aequitas». Разумеется, с падением претуры и с установлением начала подзаконности судебных властей эта вторая функция exceptio doli даже в самом римском праве позднейшей формации отпала.

Право новых народов также постепенно освобождалось от примитивного формализма и также, в особенности со времен рецепции римского права, усвоило себе начало bona fides или «Treu und Glauben» для изъяснения истинного смысла договоров. Однако рецепция этого начала в его первой функции (Vertragstreue) потянула за собой вопрос и о его второй функции (как общего корректива с точки зрения «справедливости»): несмотря на радикальное различие между римской претурой и новыми судами, этим последним стали также часто приписывать право отклонять иски как противные «доброй совести» в тех случаях, когда они покажутся несправедливыми. Так возник знаменитый в цивилистической литературе спор о допустимости или недопустимости exceptio doli generalis, и если раньше этот спор склонялся в отрицательную для нашей exceptio сторону, то в последнее время под влиянием течения «свободного права» он склоняется в сторону положительную.

Это ярко сказалось уже во время подготовки Германского Уложения[1]. Как первая, так и вторая комиссии отвергли предложение о санкционировании exceptio doli generalis под тем или другим видом; они находили, что ее признание привело бы к установлению широкого произвола судов и к исчезновению границ между правом и моралью; достаточной гарантией правильного делового оборота может служить начало «Treu und Glauben». Таким образом, как видим, это последнее начало понималось обеими комиссиями в его более узком смысле «Vertragstreue». Но уже при обсуждении в рейхстаге в ответ на требование ввести exceptio doli generalis представителями правительства было заявлено, что эта exceptio входит в понятие «Treu und Glauben»...

Такая неопределенность послужила причиной чрезвычайного колебания и в литературе. Но и здесь, если вначале общее мнение склонялось к более узкому пониманию принципа «Treu und Glauben», то потом его стали толковать все шире и шире; идея «Treu und Glauben» как общей exceptio doli generalis начинает заполнять умы. Упомянутым параграфам 157 и 242 Гер-

[1] Ср. K r ü h ö f f e r . Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse. 1909.

манского Уложения приписывают все более и более широкое значение. Принцип «Treu und Glauben» должен разрешить не только вопрос о способе толкования договора или о способе его исполнения, но и вопрос о самом бытии или небытии договорных обязанностей: не только «das wie», но и «das ob»* исполнения. Принцип «Treu und Glauben» имеет не только субсидиарное, но и корректорное значение и притом не только по отношению к соглашению сторон или обычаям оборота, но даже и по отношению к закону[1]. И т. д., и т. д.

При таких условиях естественно спросить, где же пределы и каков критерий этого понятия? Но если мы обратимся за этим к представителям расширительного понимания нашего начала, то мы найдем у них лишь самые туманные общие фразы. По заявлению Дернбурга, решающим должно быть то, что «nach den Zwecken des Geschäfts und der Sitte anständing und gerecht denkenden Menschen erwartet werden durfte»**. Согласно мнению Эртмана, «Treu und Glauben» есть вообще не что иное, как «Billigkeit», как «die sittlichen Grundlagen des Verkehrs». По определению Ребейна, это «etische Seite des Rechts», то «worauf sich ehrliche und anständige Zeute im Verkehre verlassen können»***. И т. д.[2]

Когда читаешь подобные «определения», то прежде всего сама собой напрашивается мысль: да ведь это же те самые определения, которые даются «добрым нравам»; те же самые «anständig und gerecht denkenden Menschen»**** и т. д. Или «Treu und Glauben» то же, что «добрые нравы», или юридическая мысль оскудела: «Wo die Gedanken fehlen, da stellt das Wort zur rechten Zeit sich ein»*****, и притом «das Wort» всегда в одном и том же привычном сочетании...

Однако первое предположение («Treu und Glauben» = «добрым нравам») наталкивается на одно, и притом решающее препятствие. «Добрые нравы» осуществляются в суде ipso jure******; согласно § 138 Германского Уложения, договоры, противные «добрым нравам», ничтожны; начало же «Treu und Glauben», § 157 и 242, по общему признанию самых горячих апологетов его, действует только как возражение и только в слу-

---

* [«как», но и «быть ли» – нем.]

[1] Ср., например, Wendt, цит. статья, стр. 105 и сл.

** [«можно было ожидать, исходя из целей сделки и нрава порядочно и справедливо думающего человека» – нем.]

*** [как «справедливость», как «нравственные основы оборота» ... это «этическая сторона права», то, «на что честные и порядочные люди могут положиться в обороте» – нем.]

[2] Свод различных определений см. у Krühöffer'a, цит. выше статья.

**** [«порядочно и справедливо думающего человека» – нем.]

***** [«где отсутствуют мысли, там вовремя является слово» – нем.]

****** [в силу самого закона – лат.]

чае возражения заинтересованного лица (ведь это же все-таки «exceptio»)[1]. Очевидно, мы имеем здесь какое-то отличие, и притом отличие не только процессуальное: за этим последним должно скрываться отличие материальное, вытекающее из самой природы нормы и ее цели. Если бы «Treu und Glauben» было равно «добрым нравам», если бы охрана первого имела ту же цель, что и охрана вторых, тогда эта охрана должна была бы, конечно, осуществляться ipso jure и под угрозой ничтожности: благо «добрых нравов» или «этической стороны права» не может быть поставлено в зависимость от возражения со стороны частных лиц. Закон, однако, ставит и этим свидетельствует, что в принципе «Treu und Glauben» мы имеем дело с какими-то не общими, а частными интересами контрагентов. Эти же последние интересы могут заключаться только в одном – в охране истинного смысла и подлинного содержания договора, т. е. в «Vertragstreue» (поскольку, разумеется, это содержание не противоречит закону, об этом излишне говорить).

Как только мы выйдем из пределов этого ясного и определенного понятия, мы попадем на наклонную плоскость, по которой мы неизбежно докатимся до полного судейского контроля над всей областью оборота, с точки зрения совершенно субъективных и произвольных представлений о «справедливости», «социальном идеале» и т. д. Уже теперь в германской литературе раздаются жалобы на то, что в судебных решениях ссылка на «Treu und Glauben» делается наиболее излюбленным приемом мотивировки, часто прикрывающим собою простую поверхностность и непродуманность. Уже теперь экзаменаторы свидетельствуют, что на кандидатских экзаменах незнание или неспособность к юридическому мышлению охотно маскируются апелляцией к «Treu und Glauben»[2]. Временами слышится даже уже прямой вопль о том, что подобное хозяйничанье с этим принципом составляет истинную язву, разъедающую гражданскую жизнь («eine unheilvolle Seuche, die am Mark unseres Rechtslebens vergiftend zehrt»)[3]. И нельзя не согласиться с тем, что допущение такого широкого простора судейскому усмотрению было бы со стороны закона чудовищным «моральным харакири»[4].

* * *

[1] См. Krühöffer, l. cit.
[2] См. Schneider Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. 1902, стр. 3.
[3] R. Henle Treu und Glauben im Rechtsverkehr. 1912, стр. 3.
[4] Henle, l. cit., стр. 11.

Все описанные затруднения, связанные с осуществлением принципа договорной свободы, приобретают особенно острый характер, когда дело касается отношений экономических.

Принцип договорной свободы implicite содержит в себе юридическую возможность заключать договоры на любых условиях. В частно-правовой, децентрализованной системе народного хозяйства меновая ценность обмениваемых товаров или услуг определяется именно свободными соглашениями в зависимости от экономического закона спроса и предложения. Свободный договор является одновременно продуктом и выражением, творением и творцом этого закона.

Но именно вследствие этой свободы договорных соглашений возможны случаи самой жестокой экономической эксплуатации: сторона, экономически сильнейшая, пользуясь нуждой стороны слабейшей, ставит ей тяжелые условия, на которые та по необходимости должна согласиться. Принцип договорной свободы, таким образом, закрепляет несвободу экономическую и при известных условиях может явиться фактором настоящего экономического рабства. Все это ставит перед правом новую труднейшую проблему: как относиться к подобным эксплуататорским договорам и нельзя ли найти каких-либо средств для защиты экономически слабых?

С проблемой этого рода встречается всякое право уже с древнейших времен, и уже очень рано начинаются попытки ее разрешения.

Прежде всего внимание законодательства обращается на взимание процентов. В миросозерцании, выросшем в атмосфере земледельческого и натурального хозяйства, денежные проценты совершенно не находят себе места: деньги не могут давать естественного приплода, и потому взимание их кажется чем-то противоестественным и незаконным. Отсюда встречающееся нередко в древних законодательствах (например, в древнееврейском) общее запрещение процентов (исключение допускается только по отношению к чужеплеменникам, неевреям). Но, разумеется, с развитием хозяйственной жизни такое абсолютное запрещение несовместимо, и потому в других древних правовых системах проценты допускаются, но лишь не свыше известного, законом установленного предела. Так например, по римским законам XII таблиц, проценты не должны были превышать $^{1}/_{12}$ части капитала в год, т. е. $8^{1}/_{3}\%$; взимавшие больше этого ростовщики (foeneratores) должны были вернуть излишне взятое вчетверо, т. е. подвергались каре более серьезной, чем воры.

Вся дальнейшая история процентов представляет непрерывный ряд колебаний то в одну, то в другую сторону, причем на эти колебания оказывает огромное влияние общее состояние экономических условий. Ухудшение этих

условий, развитие пролетаризации и задолженности, естественно, заставляет законодательство бросаться к разным мерам, которые кажутся ему наиболее пригодными для борьбы с подобными грозными явлениями, а в ряду этих мер наиболее простыми и доступными являются меры против процентов.

Так, особенно критическим периодом в этом отношении был в римской истории IV век до Р. Х. Под влиянием общих экономических неурядиц и вызванных ими народных волнений законодательство сначала понижает установленный законами XII таблиц maximum наполовину (до $4^1/_6$), а затем и вовсе запрещает проценты. В то же время правительство прибегает к разным другим героическим мерам вроде мораториев, принудительного сокращения долгов и т. д. Однако, как известно, все эти меры оказываются бессильными в борьбе с надвигавшимся экономическим кризисом, приведшим римскую республику в конце концов к полному краху. Вместе с тем и запрещение процентов делается мертвой буквой, и к концу республики законным пределом их считается 12% годовых.

После сравнительного экономического спокойствия первых столетий империи начинается новый период хозяйственной дезорганизации и упадка, а вместе с тем и новых забот правительства об «охране экономически слабых». В первую голову, конечно, опять идет законодательство о процентах, которое при Юстиниане приобретает вид очень сложной системы. Как бы наперекор общему вздорожанию кредита, вызывавшемуся всем хозяйственным расстройством, Юстиниан понижает maximum дозволенных процентов вдвое против прежнего (до 6%), запрещает начисление процентов на проценты (так называемые anatocismus), ограничивает общую сумму их за какое бы то ни было время суммой капитала (non ultra alterum tantum) и т. д. Но внимание правительства выходит теперь уже далеко за пределы вопроса о процентах, причем временами римские императоры доходят в своей «социальной политике» до самых чрезвычайных мер. Классическим примером этого рода является знаменитый эдикт Диоклетиана de pretiis rerum venalium* 301 г., в котором для всех товаров и работ и для всей империи устанавливалась единообразная такса цен, а всякое отступление от нее каралось весьма серьезными наказаниями. Разумеется, такое принудительное регулирование всего экономического оборота должно было тотчас же обнаружить свою несостоятельность и скоро было отменено, но для общего направления правительственных тенденций оно весьма характерно. Тому же Диоклетиану принадлежит далее правило о laesio enormis**, в силу которого продавец недвижимости, получивший за нее менее половины ее настоящей стоимости,

* [о ценах продаваемых вещей – лат.]

** [чрезмерном злоупотреблении – лат.]

может требовать уничтожения договора; правило это сохранило свою силу и после Диоклетиана и вошло в Юстиниановский свод. Наконец, к тому же разряду явлений относится и так называемый lex Anastasiana, закон императора Анастасия, запрещавший покупщикам требований взыскивать по ним более того, что они заплатили сами, – закон, который при последовательном проведении неизбежно должен был бы прекратить всякую циркуляцию обязательств, но который, конечно, самыми различными способами обходился.

Таким образом, римское право позднейшей формации никак нельзя упрекнуть в недостатке внимания к «экономически слабым» и к вопросам экономической эксплуатации. Но в то же время рядом с этими заботами о «miseri debitores»* шло другое – непрерывное взвинчивание налогов, систематическая порча монеты, разорение страны междоусобиями претендентов на императорский престол, развитие произвола и взяточничества среди администрации и т. д. Устранение хотя бы одной из этих язв имело бы неизмеримо большее значение для оздоровления хозяйственной жизни страны, чем вся указанная серия запрещений, но римское правительство этого не понимало или не хотело понять и само, разрушая основы народного благосостояния, занималось штопаньем разлезающегося организма при помощи законов о процентах или о laesio enormis. Исход не подлежал сомнению, и экономическое разложение шло быстрыми шагами вперед. Правительству не оставалось ничего другого, как напрягать идею государственного вмешательства в область экономических отношений далее, и оно напрягло ее до... почти полного прикрепления всех сословий к их хозяйственным «функциям», до установления крепостных крестьян (колонат), безвыходных ремесленников и т. д. Так кончились заботы об «экономически слабых», покровительство им завершилось их закрепощением...

Право новых народов также не оставалось равнодушным к нашему вопросу, причем и здесь на первом плане стояли проценты. Большое значение для средних веков имело то обстоятельство, что церковь относилась к ним совершенно отрицательно и запрещала их взимание вовсе. Было ли это запрещение полезно в том смысле, что приучало владельцев капитала к самостоятельной хозяйственной деятельности[1], в этом можно сомневаться; но несомненно то, что оно создавало чрезвычайные затруднения в экономической жизни. Оно прежде всего в значительной степени способствовало тому, что кредитные операции сосредоточились в руках нехристиан, т. е. главным образом евреев, на которых запрещение церкви не простиралось. Оно вызва-

* [«несчастных должниках» – лат.]

[1] Как думает, например, Колер Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart. 1914, стр. 110.

ло далее целый ряд искусственных приемов для своего обхода, приемов, которые, конечно, оплачивались усиленной премией в пользу рискующего заимодавца и, таким образом, еще более удорожали кредит для тех, кто в нем нуждался. Договор о процентах заменялся установлением рент, соглашением о платеже неустойки, предоставлением вместо денег какой-либо вещи со слишком высокой оценкой (так называемые contractus mohatrae) и т. д. И все эти обходные приемы широко практиковались не только лицами светскими, но и самими служителями церкви, даже целыми церковными учреждениями (монастырями и т. д.), которые являлись в то время, быть может, чаще других обладателями крупных и свободных капиталов.

Экономическая жизнь шла вперед и требовала своего. Мало-помалу под влиянием этих требований светское право ослабляет канонический запрет, низводя его, по примеру римского права, только до запрета слишком высоких процентов: везде устанавливается такой или иной maximum их. А с конца XVIII столетия начинается период дальнейших колебаний.

Период этот открывается Французской революцией. Руководясь стремлением к эмансипации от церкви и канонических стеснений, движимая идеей экономической свободы («laisser passer, laisser faire»), Конституанта законом 3–12 октября 1789 г. провозгласила полную свободу процентов. Но скоро и здесь наступила реакция: закон 1807 г. восстановил maximum дозволенных процентов (5% вообще и 6% для торговли). В дальнейшем во Франции происходит отчасти усиление, отчасти ослабление законодательной репрессии: с одной стороны, закон 1850 г. установил уголовную ответственность для ростовщиков по промыслу, а с другой стороны, закон 1886 г. освободил торговлю от всякого maximum'a.

Аналогичные колебания наблюдаются и в Германии. Закон 1867 г., ставший в 1871 г. общеимперским законом, отменил все прежние ограничения относительно процентов; но уже в 1880 г. законодательство возвращается на прежний путь уголовной и гражданской борьбы с ростовщичеством, причем этому последнему придается более широкий смысл: запрещается не взимание процентов свыше известного maximum'a, а вообще установление всякой чрезмерной выгоды по поводу займа, отсрочки долга или иной кредитной сделки: ростовщичество процентное (Zinswucher) расширилось до ростовщичества денежного или кредитного вообще (Geldwucher или Kreditwucher). Закон 1880 г. был еще более усилен законом 1893 г., который карал уголовной ответственностью и объявлял гражданско недействительными в с я к и е сделки (не только кредитные, но и, например, куплю-продажу), если они содержали в себе эксплуатацию нужды или неопытности другого и если вообще заключение их составляло обычный промысел для контрагента. Понятие ростовщичества, таким образом, расширилось еще более: к упомя-

путым выше видам его присоединился новый – так называемый S a c h - w u c h e r , хотя пока только под условием его ведения как п р о м ы с л а (профессиональное ростовщичество).

Тот же отлив и прилив пережило и наше отечество. До 1879 г. у нас запрещалось взимание свыше 6%, но в этом году, по примеру Запада, это ограничение было отменено, и высота процентов была предоставлена свободному соглашению сторон. Однако и у нас закон 1893 г. возвратился снова на путь ограничений в виде установления maximum'a (12%).

Таким образом, конец XIX века ознаменовался везде в большей или меньшей степени у с и л е н и е м о г р а н и ч и т е л ь н о й т е н д е н ц и и по адресу принципа договорной свободы. Усиливались не только различные специальные ограничения, например, направленные на ограждение личности и трудоспособности рабочих в промышленных предприятиях, но вместе с тем усилились и общие стремления законодательства к защите всех вообще против экономической эксплуатации, в каких бы формах она ни проявлялась. Мы видели, как сказывалось это стремление в постепенном расширении понятия ростовщичества, особенно в Германии. Но во всю свою принципиальную полноту вопрос был развернут Германским Уложением 1896 г.

Первый проект этого Уложения не содержал никаких норм, направленных против ростовщичества: составители его полагали достаточными в этом отношении упомянутые выше уголовные законы 1880 и 1893 гг. Но когда проект был опубликован, он вызвал и в этом пункте самые ожесточенные нарекания; в особенности резка была критика Г и р к е [1]. Жестоко порицая общее индивидуалистическое направление проекта, Гирке требовал самых решительных мер для охраны экономически слабых против эксплуатации со стороны сильнейших. Современное законодательство, говорил он, должно проникнуться поистине социальным духом и ввести формальный принцип договорной свободы в надлежащие рамки. Если старые механические меры против ростовщичества оказываются недостаточными, тем более необходима о б щ а я н о р м а , к о т о р а я о х в а т ы в а л а б ы р о с т о в щ и ч е с к у ю э к с п л у а т а ц и ю д о л ж н и к а в о в с е х е е в и д а х [2]. Несмотря на все подобные нарекания, и второй проект остался, в общем, на той же принципиальной позиции. Однако положение радикально изменилось во время обсуждения проекта в рейхстаге.

Как показывала вся предыдущая многовековая борьба с ростовщичеством, оно обнаруживает поразительную неуловимость; запрещенное в одних формах, оно легко скрывается в других. И если желательно вести с ним борь-

[1] См. к этому и дальнейшему м о ю брошюру «Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека». 1901.

[2] G i e r k e . Entwurf und das deutsche Recht. 1889, стр. 201.

бу последовательно, необходимо идти за ним туда, куда оно уходит, т. е. запрещать одну за другой все те формы, которые могут быть использованы для обхода уже установленных запрещений. И мы видели, как действительно в германском праве процентное ростовщичество расширяется в кредитное, а это последнее – в общее понятие Sachwucher; последним барьером оставался в законе 1893 г. еще только признак заключения эксплуататорских сделок в в и д е п р о м ы с л а .

Но этот барьер был слаб. Если заключение сделок с известным характером предосудительно в виде промысла, то казалось только последовательным признать, что и всякая такая сделка в отдельности этически и юридически недопустима. Именно эта последовательность диктовала Гирке выставленное им требование общей нормы против ростовщических сделок, какой бы вид они ни имели и каких бы объектов они ни касались.

И барьер пал. Комиссия, выбранная рейхстагом, к § 138, о котором у нас была речь и который гласит: «Сделка, противная добрым нравам, ничтожна», сделала прибавку: «В особенности ничтожна сделка, в силу которой одно лицо, эксплуатируя («unter Ausbeutung») нужду, легкомыслие или неопытность другого, выговаривает себе или постороннему такие имущественные выгоды, которые настолько превышают его обязанности, что при обстоятельствах данного случая стоят к последним в очевидном несоответствии».

Так появилась в Германском Уложении знаменитая отныне «общая норма» против экономической эксплуатации, норма, которая многим кажется лучшим украшением этого кодекса, придающим ему истинный социальный характер.

Но, появившись, она не осталась местным достоянием Германии. Как во многих других вопросах, так и здесь, примеру Германского Уложения последовали другие новейшие кодексы, вследствие чего эта норма приобретает характер некоторого универсального принципа современного гражданского права.

Прежде всего по следам Германского Уложения пошла наша русская комиссия, вырабатывавшая проект нашего гражданского кодекса. Перечисляя в объяснениях к (раньше других опубликованной) книге V проекта об обязательствах те основные начала, которыми она руководилась, комиссия говорит: «Закон прежде всего должен быть с п р а в е д л и в ы м . Ограждая равноправность сторон в обязательственных отношениях, закон вместе с тем должен оградить интересы всех слабых, беспомощных, словом, всех тех, кто по своему личному или имущественному положению нуждается в особой защите закона, не будучи в состоянии с достаточной энергией отстаивать свои права. В этом отношении можно указать на принятые проектом меры против эксплуатации нужды, легкомыслия, неопытности или несчастья».

Такой мерой в особенности являлась ст. 31 первого проекта, в общем аналогичная § 138 германского. Меняя некоторые свои оттенки, эта статья дошла и до нынешнего (внесенного в Государственную Думу) проекта, в котором она является также статьей 31 и где она гласит:

«Договор может быть также оспорен и в тех случаях, когда кто-либо, злоупотребляя принадлежащей ему властью или оказываемым ему доверием, либо пользуясь нуждою или несчастьем другого, заключит с ним чрезмерно невыгодный для него договор».

Под влиянием того же германского примера появилась подобная же статья и в пересмотренном Швейцарском Уложении об обязательствах 1911 года: «Если в договоре, заключение которого было вызвано тем, что одна сторона воспользовалась нуждою, неопытностью или легкомыслием другой, существует очевидное несоответствие между взаимными обязанностями, то сторона потерпевшая в течение года может заявить об отказе от договора и потребовать назад то, что уже было уплачено» (ст. 21).

Конечно, между всеми этими статьями есть немаловажные теоретические и практические различия (укажем, например, только на то, что в то время, как Германское Уложение рассматривает сделки подобного рода как противные добрым нравам и потому объявляет их ничтожными, Швейцарский кодекс и наш проект ставят их вне всякой связи с добрыми нравами и признают их только оспоримыми); но эти различия нас не могут интересовать здесь. Равным образом мы не будем касаться и тех случаев, когда имело место «злоупотребление принадлежащей властью или оказываемым доверием»: сделки в этих случаях и без данной статьи были бы недействительны (принуждение, обман). Из всего исторического происхождения этих статей явствует, что они создавались не для этих случаев и что центр их содержания заключается не в этом, а в запрещении пользоваться нуждою другого «чрезмерно»; именно в этом ведь состоит отводимая им важнейшая «социальная» миссия.

Никто, разумеется, не станет отрицать благородства тех мотивов, которые вызвали появление этих статей; никто не станет отрицать и возвышенности той цели, для служения которой они призваны. Но ни то, ни другое не освобождает нас от обязанности проверить, точно ли они могут иметь те благодетельные последствия, которых от них ожидают. Даже более того: чем дороже для нас эта цель, чем серьезнее наши мотивы, тем внимательнее и строже мы должны отнестись к тем средствам, которые мы избираем; ложные средства часто компрометируют самую цель.

Присмотримся поэтому к указанным статьям ближе и прежде всего обратим внимание на их юридическую структуру.

Для уничтожения того или другого договора как «эксплуататорского» или «ростовщического» они устанавливают двоякое предположение: с одной стороны, необходимо в лице контрагента намерение воспользоваться «нуждой» другого (субъективный признак), а, с другой стороны, необходимо, чтобы несоответствие между взаимными обязанностями контрагентов было «явным» или «чрезмерным» (объективный признак). Но действительно ли оба эти признака достаточно надежны?

Возьмем первый из них – намерение воспользоваться нуждою другого – и бросим хотя бы самый поверхностный взгляд вокруг нас на всю область экономического оборота. Чем иным руководится этот последний при определении сравнительной ценности обмениваемых благ, как не степенью «нужды» в них? Повышается нужда на продукты, на помещения, на рабочие руки – повышается и их ценность. Всякий обладатель того или иного блага пользуется всегда возрастающей нуждой в нем и стремится уступить его возможно дороже. Ведь в этом же и состоит закон «спроса и предложения». И если мы не будем непростительно близоруки, мы должны будем признать, что необходимый для уничтожения сделки субъективный признак мы найдем всегда – при всякой нормальной сделке делового характера. Следовательно, этот признак в качестве юридического критерия нам не дает ничего: он – мнимый признак, слово, лишенное содержания.

Перейдем к другому признаку – объективному: сделка может быть уничтожена тогда, если она содержит «чрезмерную» невыгоду для одной из сторон. Что такое «чрезмерность», закон не определяет; решать этот вопрос in concreto должен будет суд.

Представим себе теперь (а иначе мы не имеем права), что законодатель серьезно желает полного применения этой статьи, и отдадим себе отчет в ее значении для всего экономического оборота. Всякая сделка подлежит теперь контролю суда не только с точки зрения ее юридических условий, но и с точки зрения экономического соответствия обмениваемых при ее помощи благ, с точки зрения меновой эквивалентности их. На судью, таким образом, возлагается задача, до сих пор небывалая: кроме своих юридических функций, он должен нести на себе функции экономические; кроме юриста, он должен стать универсальным знатоком всего товарообмена, т. е. совместить в себе то, чего не может вместить самый тертый и разносторонний делец. Конечно, нам скажут, что судья может привлекать к себе на помощь экспертов, – но какова бы ни была экспертиза, конечное решение должен будет взять все-таки на свою совесть суд. Не станем говорить о том, насколько на этой почве может процвести доктринерство или судейский каприз, но даже самый добросовестный судья будет постоянно в затруднительном по-

ложении: какие высокие требования мы ни предъявляли бы к интеллектуальным и моральным качествам судебного персонала, мы не можем требовать от него экономического всеведения. Всякий «Heroenkultus»* должен потерпеть здесь крушение.

Но и это не составляет еще самого слабого места подобных статей. Оно заключается в том, что благодаря им весь экономический оборот, другими словами – вся экономическая жизнь, ставится под судебный контроль, берется в судебную опеку. Желая уничтожить лазейки для ростовщичества, мы постепенно запирали один выход за другим; мы гнались за ним повсюду, куда оно ни уходило; мы создали наконец общую норму против него и этим как будто поймали его окончательно. Но оглянемся теперь, и мы увидим, что вместе с ростовщичеством мы поймали в тиски весь оборот, что вместе с ростовщиками попали под контроль и опеку все участники экономической жизни; все они взяты под подозрение и в любой момент каждый из них может быть подвергнут своеобразному судебному обыску. Можно, конечно, утешать себя тем, чем утешали себя известные герои Салтыкова, т. е. соображениями о том, что после этого обыска и досмотра «истина все же воссияет»; однако вспомним и то, что даже эти герои роптали: «Не затем же я гулять пошел, чтобы истина в участке воссияла!» Не забудем того, насколько подобная норма будет способствовать развитию сутяжничества и волокиты: достаточно всякому должнику заявить о «чрезмерности» выгод для кредитора, и дело, юридически ясное, как день, пойдет гулять по судебным инстанциям, быть может, на долгие годы. Конечно, «истина, в конце концов, воссияет», но нередко уже тогда, когда у кредитора «роса очи выест».

Но и независимо от этого может ли право принципиально брать на себя задачу экономического регулирования оборота путем таких принудительных норм? Может ли оно вступать в борьбу с законом спроса и предложения такими средствами? Мы думаем, что нет. Конечно, принудительное регулирование цен мыслимо при известных исключительных обстоятельствах как нечто чрезвычайное и временное, но оно немыслимо как нечто постоянное – до тех пор, пока государство не возьмет в свои руки всех операций производства и распределения. Теперь же оно может достигать чего-либо только экономическим же влиянием на спрос и предложение – регулированием подвоза вздорожавших товаров, открытием более легкого кредита и т. д. Пока этого нет, пока реальные условия спроса и предложения не изменились, никакие судебные решения ничего в явлении товарообмена не внесут. И возлагать с этой стороны какие-либо надежды на охрану «экономически слабых» – значит питать только совершенно несбыточные иллюзии...

---

* [«культ героев» – нем.]

Но это подводит нас уже к другой стороне рассматриваемых норм – к с т о р о н е э к о н о м и ч е с к о й : точно ли они имеют ту высокую «социальную» ценность, которая им приписывается?

Как мы видели, общим назначением этих норм, по мысли их авторов, является помощь «экономически слабейшим». При этом имелись в виду именно «экономически слабейшие» к л а с с ы населения, вокруг которых только и вращается весь нынешний «социальный вопрос». В какой же мере наши статьи могут быть им полезны?

Прежде всего обратим внимание на то, что в нынешних редакциях статей эта сторона совершенно затушевывается: запрещается в о о б щ е пользоваться чужой нуждой для приобретения себе «чрезмерных выгод». Вследствие этого правило будет действовать даже тогда, когда в силу каких-нибудь исключительных обстоятельств «экономически слабые» окажутся в состоянии диктовать свои условия «экономически сильным». Представим себе случай, когда прокутившийся в данный момент барин обращается с просьбой о займе к лакею или швейцару; представим себе случай, когда для расчистки пути от заносов необходимы экстренно рабочие руки соседних крестьян и т. д., и т. д. Если все эти «экономически слабые» лица вздумают воспользоваться редким для них благоприятным случаем во всю меру закона спроса и предложения, все признаки ростовщичества будут налицо. Вопрос о чрезмерности не будет вызывать никаких сомнений, так как обычный уровень их вознаграждения будет всегда говорить против них. В результате обычная «эксплуатация» их труда останется при них, но те редкие случаи, когда конъюнктура сложится для них благоприятно, правом для них будут уничтожены. А в общем балансе рассматриваемых норм и эта их сторона имеет немаловажное значение.

Совершенно очевидно, далее, что реальной помощи «экономически слабым» эти статьи не дадут, так как их положение как экономически слабых создается не «чрезмерной», а самой обыкновенной эксплуатацией, которая перед всяким судом пройдет без сучка и задоринки. А пока они будут оставаться в этом положении, они будут нуждаться и в кредите, и в распродаже своего скарба при всяких экстренных случаях для получения необходимой суммы денег. «Спрос» на кредит будет, будет, конечно, и «предложение», и притом, разумеется, самое ростовщическое: нельзя же все приписывать только жадности человеческой натуры, надо помнить и о том, что всякий кредит подобного рода должникам совершенно не обеспечен и полон риска. Уничтожить этого «предложения» нельзя, и мы знаем уже, что всякие законы против ростовщичества оказывались в истории в этом отношении бессильными. Не уничтожат его, конечно, и наши статьи, но они повысят риск ростовщика еще более, а это отзовется только одним – новым повышением выговариваe-

мых им себе премий. Риск недействительности сделки будет переложен на плечи потребителей кредита, и таким образом положение «экономически слабых» вместо ожидаемого улучшения претерпит только новое и весьма существенное ухудшение. Пусть в одном случае из десяти Фемида будет иметь удовольствие изобличить ростовщика и уничтожить ростовщическую сделку, но мы не должны забывать, что слух о таком одном случае, проникнув в «экономическое подполье», вызовет там немедленно общее вздорожание «кредитных операций» к несомненному ущербу его подневольных клиентов...

Правильно говорит P l a n i o l : «Есть много сторонников законов против ростовщичества, но я не из их числа. Такие законы ничему не помогают, а только заставляют ростовщиков скрываться еще глубже и брать за риск еще больше. Защита законов, в конце концов, обращается в тягость для тех, кого защищать хотели»[1].

Уже этих соображений достаточно для того, чтобы составить себе надлежащее представление об истинной ценности всех норм подобного рода. Но их вредное влияние идет гораздо глубже, оно проникает в самую п с и х о л о г и ю о б щ е с т в а .

Весь мир изнывает под гнетом «социального вопроса», ищет средств для уврачевания все шире и шире развертывающихся социальных бедствий. И в этот момент мучительных исканий законодатель бросает свою общую норму, запрещающую «чрезмерно» пользоваться «нуждой» другого. Появлению этой нормы предшествуют сладкие «объяснения» о необходимости усиленной защиты «экономически слабых» и «более социального» направления в законодательстве. Вступление этой нормы в действие, как мы это видим на примере Германии, сопровождается кликами восторженных приветствий. Все это может создавать в «буржуазных» слоях общества ощущение успокоения: как будто бы «социальный вопрос» разрешен, беды уврачеваны; над всей областью экономических отношений бдит неусыпное око правосудия и справедливости, которое не допустит никакой эксплуатации одних другими...

Вот в этом-то психологическом влиянии подобных законодательных мер скрывается их наибольшая опасность, их наибольший социальный вред. Они – своего рода общественный наркоз, усыпляющий мысль и совесть, отвлекающий их от более трудных, но единственно действительных приемов лечения. При таких условиях первой обязанностью науки является предостережение против увлечения наркозом и предупреждение: если вы подлинно и

[1] Traité élém. de droit civil. T. II, § 2081.

искренне хотите помочь «экономически слабым», ищите других, более действительных средств[1]...

* * *

Мы пересмотрели общее положение принципа договорной свободы в современном праве. Мы видели, что если в некоторых отношениях (например, в вопросе об обязательствах на действия неимущественные) содержание этого принципа расширяется, то в общем итоге, наоборот, основной тенденцией времени является стремление к его ограничению. Стремление это имеет своим источником экономические язвы современного капиталистического строя и потому ярче всего оно сказывается именно в области договоров имущественных; даже «добрые нравы» и «добрая совесть» привлекаются в жизни главным образом для наиболее желательного урегулирования этих последних. Ограничительная тенденция по адресу договорной свободы является бесспорным отражением того смутного общественного сознания, что исключительное господство индивидуалистических начал в экономической области не может привести к такому регулированию общественной жизни, которого требует развившаяся социальная этика. Чувствуется, что здесь необходима не только «индивидуализация», но и «солидаризация» или «социализация».

И вот в качестве универсального средства для осуществления такой «социализации» выдвигается «свободное судейское правотворение». Внеюридические инстанции, которые привлекает право для своего пополнения, растут в числе и расширяются в объеме; но мы видели, что все они в конечном счете служат только прикрытием для свободного усмотрения судьи. Этот последний оказывается контролером гражданской жизни не только с точки зрения ее законности, но и с точки зрения «общественного порядка», «добрых нравов», «доброй совести», экономической справедливости. Целые узлы важ-

[1] Некоторые из рецензентов моей книги делали мне упрек в преувеличении. Так например, А. Э. Нольде говорит: «В чем сказывается ощущение успокоения общества? Неужели над трудностями социального вопроса после издания новых гражданских уложений в Германии и Швейцарии меньше задумываются?» – Конечно, нет, но почему? Только потому, что для реальных интересов «экономически слабых» наши статьи не дают ничего и, естественно, голоса этих классов населения они заглушить не могут. Но едва ли можно отрицать, что для «владеющих» классов эти статьи создают видимость исполненного социального долга: «эксплуатация» запрещена и «экономически слабые», насколько этого требует справедливость, ограждены, – следовательно самый уязвимый в этическом смысле пункт позиции «владеющих» как будто ликвидирован. Именно на это ослабление моральной ответственности я и хотел обратить внимание.

нейших социальных проблем переброшены законодателем на плечи судьи: не умея разрешить их сам, он ждет разрешения от этого последнего.

И когда отдаешь себе отчет во всей огромности этих проблем, не можешь не усомниться в правильности такого приема социального регулирования. Самоустранение законодателя в расчете на судью кажется если не трусостью, то во всяком случае немощностью.

Устраняясь от непосредственного разрешения выдвигаемых жизнью вопросов и распыляя общественную энергию на борьбу по мелочам в конкретных судебных процессах, законодатель в то же время подобным приемом создает почти полную зависимость всей гражданской жизни от дискреционного усмотрения бесконечной массы отдельных лиц (судей). Нечего и говорить о том, в какой степени этим вносится во всю область юридических отношений элемент случайности; почти весь гражданский правопорядок приобретает характер неопределенности и прекарности...

Любопытно в этом отношении собственное признание одного из наиболее ярких представителей направления «свободного права» – Эрлиха – в его недавнем произведении «Grundlegung der Soziologie des Rechts»* (1913, стр. 151). «Что такое, по германскому праву, представляет злоупотребление правом, в каких случаях есть нарушение «Treu und Glauben» или «добрых нравов» – этого мы сейчас не знаем, так как закон ничего об этом не говорит; мы узнаем это только из судебных решений через сто лет... » Но ведь жить приходится не через сто лет, а сейчас...

Думается, что, идя так, мы едва ли идем по правильному пути. Если неверна была идея полного невмешательства государства в область экономических отношений, то едва ли верна и мысль о регулировании этих отношений при помощи «справедливого усмотрения судьи». С точки зрения самых элементарных интересов личности, последнее горше первого, горше всякого самого ограничительного законодательства, а с точки зрения «солидаризации», судейское усмотрение не дает ничего. Если эта последняя желательна, то она, очевидно, может быть создана не усмотрением судей, а только «усмотрением» закона.

---

* [«Обоснование социологии права» – нем.]

XVI. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ПРАВОНАРУШЕНИЙ. ПРОБЛЕМА ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ВРЕД

Как было сказано выше, обязательства из правонарушений были вообще исторически древнейшим видом обязательств. Но тогда они преследовали двоякую цель: с одной стороны, возмещение причиненного вреда, а с другой стороны – некоторое имущественное наказание правонарушителя; в том имущественном штрафе, который влекло за собою правонарушение, сплошь и рядом сливались и вознаграждение за вред, и карательный штраф в собственном смысле. Дальнейшая историческая эволюция этих обязательств заключается в том, что постепенно эта вторая, карательная, функция их отпадает (переходя в руки уголовного права), и для гражданского права остается только задача первого рода – организация возмещения причиненного вреда. Такое разрешение диктуется самой природой обеих функций: уголовно-правовое наказание имеет свои особые цели и определяется совершенно иными началами, чем те, которыми может руководиться гражданское право. Там, в области наказания, необходимо считаться со степенью опасности деяния для всей общественной жизни, со степенью «злой воли» преступника; там может быть речь о помиловании его и т. д.; здесь, в области гражданского права, мы имеем дело только с частным вредом, причиненным одним лицом другому, и нашей задачей является принятие мер для возмещения этого вреда, для устранения вредных последствий неправомерного деяния в сфере частных интересов потерпевшего. Конечно, необходимость возместить вред будет всегда субъективно ощущаться правонарушителем как некоторая кара для него, но нельзя это субъективное ощущение смешивать с истинной, объективной задачей гражданско-правового института возмещения вреда.

Между тем такое смешение сказывается часто в тенденции поставить размер возмещаемого вреда в зависимость от *большей или меньшей виновности правонарушителя*: кажется естественным, чтобы лицо, проявившее большую степень «злой воли», отвечало сильнее, чем лицо, субъективная виновность которого меньше. На этой точке зрения стоят еще старые кодексы: Прусское Земское Уложение (6. § 10–12) и Уложение Австрийское (§ 1324), которые при умысле или грубой небрежности виновника устанавливают «полное удовлетворение», а при легкой вине – только ответственность за «действительный вред». Та же идея сказывается в ст. 1150 Французского Кодекса (вообще возмещаются только убытки, которые должник мог предвидеть, при умысле же и убытки непредвиденные) и в ст. 644, 645 наших гражданских законов. Римское право, напротив, внесло сюда правильный принцип, который санкционирован и в новом Германском Уложении. Так же точно и колебания русского проекта, который в первой

редакции стал было на точку зрения соразмерения вреда со степенью вины[1], уже со второй редакции[2] прекратились; нет упоминания об этом соразмерении и в ст. 1185 окончательного (внесенного в Государственную Думу) проекта об обязательствах[3]. Тем не менее в последнее время в юридической литературе в связи с общим усилением тенденций «свободного права» и «конкретной справедливости» замечается довольно сильное тяготение к прежней позиции[4]. Это тяготение нашло себе полное выражение в Швейцарском обязательственном кодексе, который предписывает судье при определении размера вреда принимать во внимание не только степени вины (ст. 43), но даже и то обстоятельство, не попадет ли правонарушитель вследствие обязанности возместить вред в тяжелое положение (ст. 44).

Движимая идеей кары или милости к правонарушителю, эта тенденция вносит в гражданско-правовой институт возмещения вреда совершенно чуждые его природе криминалистические начала и в то же время обнаруживает полную несправедливость по адресу потерпевшего. Доказано, что вред причинен небрежностью правонарушителя; пусть эта небрежность будет легкой, но она все же остается небрежностью, которая тяжело отозвалась на интересах пострадавшего. Если суд во внимание к легкости вины правонарушителя возложит на него не полное, а только частичное возмещение вреда, часть этого последнего останется невозмещенной и таким образом ляжет на пострадавшего, который уже решительно ни в чем не повинен. Милуя правонарушителя, эта тенденция совершенно забывает о пострадавшем, милует первого за счет последнего, т. е. в подлинном смысле оказывает милость из чужого кармана. Какая из этих двух «справедливостей» заслуживает эпитета «одноглазой», думается, сомнений быть не может. Защита этой точки зрения особенно непонятна со стороны тех, которые вообще склоняются к соединению ответственности за вред не с фактом вины правонарушителя, а с фактом простого причинения вреда: тем, которые вообще желали бы устранить вопрос о вине правонарушителя, совершенно не пристало говорить о степенях вины при решении вопроса о размере возмещаемого вреда.

Гражданское право имеет своей задачей устранить вредные последствия, причиненные правонарушением, и для него важно только одно – устано-

---

[1] См. по этому поводу мою статью «Обязательства из деликтов в проекте гражданского уложения» в «Приложениях к протоколам Киевского Юридического Общества» за 1899 г.

[2] См. объяснения к ст. 1048 со ссылкой на мою упомянутую выше статью.

[3] Такое соразмерение осталось, однако, в ст. 130 этого проекта, регулирующей ответственность при неисполнении договора. Вследствие этого возникает несогласованность этой статьи со ст. 1185, несогласованность, которая может привести к практическим абсурдам.

[4] См. H e d e m a n n . Die Fortschritte des Civilrechts im Laufe des XIX Jahrhunderts, 1910, стр. 100 и сл.

вить, есть ли налицо то, что называется правонарушением и что дает основание возложить ответственность на его виновника.

Но определение того, что такое гражданское правонарушение, представляет свои – и притом чрезвычайные – трудности. Нам уже приходилось говорить выше о том, что мы сплошь и рядом являемся причиной вреда для других, не неся за то никакой ответственности (я открываю конкурентный магазин, чем подрываю вашу торговлю; я беру то место, которое хотели занять вы, и т. д.). Очевидно, таким образом, не всякое причинение вреда другому составляет ответственное правонарушение, и потому первой задачей гражданского права является отграничение области этих последних.

Обыкновенно законодательства довольствуются в этом отношении такой или иной общей формулой. Классическим образцом подобной общей формулы является известная ст. 1382 Французского Кодекса, которая гласит: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer»*. К тому же типу принадлежит ст. 41 Швейцарского обязательственного кодекса («Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verplichtet»**) и ст. 1173 нашего обязательственного проекта («Совершивший с умыслом или по неосторожности недозволенное деяние (действие или упущение) обязан вознаградить за причиненный таким деянием вред»).

На иной путь пожелали стать составители Германского Уложения. Общая формула, в особенности Французского Кодекса, была сочтена ими слишком неопределенной: она недостаточно отграничивает понятие гражданского правонарушения и вследствие этого перелагает проблему на плечи судей; необходимо, напротив, определить предположения ответственности за вред точнее, чтобы таким образом создать для судебных решений прочное законное основание[1]. Такому определению и посвящены § 823, 824 и 825 этого Уложения. Согласно первому и основному из этих параграфов, § 823, ответствен за вред прежде всего тот, кто умышленно или неосторожно посягнет на чью-либо жизнь, телесную неприкосновенность, здоровье, свободу, собственность или какое-нибудь иное право; равным образом влечет за собой ответственность нарушение какого-нибудь закона, имеющего своей целью охрану других лиц (Verstoss «gegen ein den Schutz eines anderen bez-

---

* [«Всякое действие человека, которое причиняет ущерб другому, обязывает того, по чьей вине ущерб наступил, его возместить» – фр.]

** [«Тот, кто противоправно причинил ущерб другому по умыслу или по неосторожности, обязан ему возместить этот ущерб» – нем.]

[1] См. Denkschrift, § 100.

weckendes Gesetz»), – таковы, например, законы, охраняющие чужую честь, чужое владение, законы пожарной или санитарной полиции и т. д.[1] В дополнение к этому § 824 говорит о распространении ложных слухов, способных подорвать чей-нибудь кредит, а § 825 – о нарушениях женской чести.

Однако, сделав это перечисление, составители Германского Уложения почувствовали, что оно все же еще может оставлять пробелы, которые необходимо заполнить. В особенности не находили себе в указанном перечислении места так называемые деяния иллояльные, т. е. хотя и совершаемые на основании формального права, но содержащие в себе элемент шиканы (например, постройка здания назло соседу, усиленная игра на рояле с целью отбить у соседа его учеников и т. д.). Предусмотреть их в виде отдельных сингулярных определений закона казалось невозможным, и потому к указанному перечислению был присоединен добавочный параграф, который в комиссии рейхстага был значительно расширен и приобрел вид нынешнего § 826. Параграф этот гласит: «Кто каким-либо противным добрым нравам образом умышленно причинит другому вред, тот обязан этот вред возместить» («Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet»).

Так появился этот знаменитый в новейшей юриспруденции § 826, этот «король-параграф», с которым связывается теперь столько ожиданий и столько сомнений. Многим кажется он вместе с рассмотренными выше § 138, 157 и 242 Германского Уложения, вместе со ст. 2 Швейцарского залогом истинно социального развития гражданского права, проводником нравственного, облагораживающего влияния. По германскому примеру, и пересмотренный Швейцарский обязательственный кодекс 1911 г. получил к указанной ст. 41 аналогичное дополнение («Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt»*). Равным образом раздаются голоса и у нас в пользу включения подобной статьи в готовящееся уложение об обязательствах[2].

Мы достаточно говорили выше о понятии «добрых нравов», чтобы нам нужно было останавливаться долго на рассмотрении параграфа 826. К сказанному прибавим только следующее[3].

---

[1] Ср., например, P l a n c k . Комментарий к § 823.

* [«Точно так же обязан возместить ущерб тот, кто причинит умышленно ущерб другому способом, противным добрым нравам» – нем.]

[2] Ср. С л и в и ц к и й «Право на честное к себе отношение» в сборнике «Памяти проф. Шершеневича». 1915.

[3] Ср. мою статью «Принудительный альтруизм» в «Вестнике Права». 1902, кн. 1.

Как мы видели, авторы Германского Уложения руководились стремлением дать более точное определение гражданского правонарушения, чем то, которое дает ст. 1382 Code civil. Они хотели создать для судебной практики прочное законное основание, не считая возможным перелагать проблему на плечи отдельных судей. И вот в результате этих благих стремлений – § 826 и «добрые нравы». Не подлежит никакому сомнению, что благодаря этому параграфу вся определенность предыдущих статей разлетается прахом, и самая система Германского Уложения делается неизмеримо более туманной, чем «система» ст. 1382. Неопределенность юридическая осложняется и во много крат усиливается неопределенностью с точки зрения «добрых нравов».

Конечно, § 826 имеет много горячих поклонников, но любопытно, что в последнее время он начинает встречать и горячую оппозицию и притом именно со стороны тех, в интересах которых все подобные нормы были главным образом созданы, – со стороны «экономически слабых». Когда германские суды, опираясь на § 826, попробовали признать противными «добрым нравам» бойкот и другие способы социальной борьбы рабочих против предпринимателей, в среде рабочих и в доброжелательных к ним кругах послышались горячие протесты «против попыток судебной практики подчинить своему контролю цели и возможные результаты борьбы»[1]. И русский исследователь § 826 (приват-доцент Сливицкий), весьма благоприятно к нему настроенный, вынужден признать, что «к отношениям социальной борьбы, равно как и к некоторым другим отношениям (например, к отношениям между промышленными картелями и неприсоединившимися предпринимателями), неприложимы не только такие «каучуковые» параграфы, как § 826 Германского Гражданского Уложения, но и другие, менее эластичные параграфы, раз они все-таки допускают возможность различных толкований и выводов. Подобные отношения должны быть урегулированы на основании особых правил, с возможной полнотой и точностью определяющих права и обязанности сторон и ставящих наличность прав и обязанностей в зависимость от объективных и легко контролируемых признаков».

Мы, со своей стороны, полагаем, что если подобные «каучуковые» нормы «неприложимы» в этой, едва ли не самой главной области современных трений, то они также «неприложимы» и в других областях. «Социальная борьба» совершается не только в этой сфере, и везде одинаково не может быть признано прогрессом такое состояние, когда «вся материя права... растворяется в зыбкую атмосферу нравственного такта и лишается твердых осязательных форм и норм». Дело не в особенностях тех или других отношений, а в особенности самой нормы, которая всякую область превратит в об-

[1] См. об этом указанную выше статью С л и в и ц к о г о

ласть дискреционного судейского усмотрения и юридической неизвестности. Поскольку § 826 выходит за пределы очерченного нами ранее понятия шиканы, поскольку он вступает в роль «общего корректива всего гражданского права», он неизбежно разжижает весь организм этого последнего и при интенсивном своем применении может довести его до состояния бесформенной слизи, которая будет только облипать, но не будет регулировать общественного порядка.

Однако роль § 826 (и аналогичных ему статей других законодательств) сказанным не исчерпывается; с ним связывается еще один вопрос, имеющий также огромное принципиальное значение[1].

Вред может явиться результатом не только действия, но и б е з д е й с т в и я, и вследствие этого естественно возникает вопрос о том, когда же именно это последнее может оказаться гражданским деликтом и повлечь за собой ответственность за вред. Если вообще (с известным приближением) можно сказать, что мы обязаны в о з д е р ж и в а т ь с я от действий, способных причинить другому вред, то теперь спрашивается, насколько мы обязаны д е й с т в о в а т ь в интересах других, обязаны в том смысле, что наше бездействие явится основанием ответственности перед ними?

Общепризнанным юридическим принципом на этот счет является правило, что бездействие будет правонарушением только тогда, когда существовала для лица известная, положительным законом установленная обязанность действовать. Как говорит ст. 1173 нашего проекта об обязательствах, «упущением признается несовершение такого действия, исполнение которого было обязательно в силу закона или распоряжения подлежащей власти». Поэтому, например, будет упущением неисполнение распоряжений полиции или городского управления об обязательной посыпке песком тротуаров во время гололедицы, об освещении домовых лестниц и т. п. Если кто-либо вследствие бездействия домовладельца в этом отношении потерпит вред, то этот вред должен быть ему возмещен.

За пределами этих прямо законом указанных случаев обязанности действовать в интересах других лиц не существует: каждый должен заботиться о своих интересах сам, и нет никакого основания привлекать к принудительному содействию других лиц.

Однако на почве этого правила возможны явления, способные жестоко возмутить наше нравственное чувство. Представьте себе, что некто, гуляя по берегу реки, видит, что купающийся в ней человек тонет; он мог бы легко спасти, но проходит мимо. Некто, гуляя по полотну железной дороги, замечает лопнувший рельс и в то же время видит, что к этому месту идет поезд;

[1] Ср. к этому м о ю цит. выше статью «Принудительный альтруизм».

подав сигнал, он мог бы предотвратить крушение, но проходит мимо. Некто замечает начинающийся пожар; легким усилием он мог бы потушить, но проходит мимо, и т. д. Представьте себе в довершение, что мотивом для «бездействия» во всех указанных случаях была не простая рассеянность или небрежность, а прямое и злостное желание вреда для того, кого несчастье готово постигнуть: для утопающего или его близких, для железнодорожной компании, для собственника загорающегося здания. При таких условиях наше нравственное возмущение достигнет крайнего предела, и указанное только что правило об общей безответственности упущения покажется нам безнравственным и антисоциальным[1].

И вот, по толкованию германских юристов, спасительным выходом из описанного, этически невыносимого положения является наш § 826. Запрещая всякое умышленное причинение вреда поведением, противным «добрым нравам», этот параграф дает возможность и в приведенных только что случаях привлечь виновника к гражданско-правовой ответственности: своим безнравственным бездействием он «причинил» вред и потому должен его возместить. Проблема неправомерного бездействия, таким образом, по-видимому, разрешается просто и совершенно удовлетворительно.

Тем не менее подобное разрешение уже тотчас же после издания Германского Уложения вызывало сомнения со стороны весьма авторитетных ученых[2]. Указывалось снова на чрезвычайную неопределенность § 826 и на связанную с этим опасность его беспредельного растяжения. Как далеко могут идти «добрые нравы» в требовании альтруистической деятельности в интересах других лиц, этот вопрос отдается всецело в руки субъективного усмотрения отдельных судей. Тем более, что требование «умышленности» понимается здесь не в строгом смысле умысла, считается достаточным для ответственности и простое сознание возможности вреда. При таких условиях не будет ничего невозможного, если суды начнут возлагать ответственность и в тех, например, случаях, когда кто-нибудь не разбудит спящего в вагоне пассажира на той станции, на которой ему надо выйти, не поднимет оброненной кем-либо вещи, не обратит внимания хозяина едущей телеги на готовое свалиться колесо и т. д., и т. д. К каким пертурбациям может привести подобное понудительное внедрение «добрых нравов» в область гражданских отношений, – этого даже приблизительно предусмотреть нельзя. Сознавая всю опасность такого беспредельного растяжения § 826, сами его авторы взывали к осторожности и сдержанности в его применении; но это воззвание

[1] Эту проблему знал уже B e n t h a m . Traité de législation. T. I, p. 106–107. – В новейшее время о ней говорит P. A p p l e t o n в статье «L'abstention fautive en matiére delictuelle, civilé et pénale» (Révue trimestrielle de droit civil. 1912. № 3).

[2] См., например, L i s z t . Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.

осталось только советом, спрятанным за кулисами кодекса в юридически необязательных «Мотивах». На сцене остается только текст закона, предоставляющий судье совершенно неограниченную возможность по своему усмотрению «облагораживать» гражданскую жизнь, «воспитывать в населении альтруистические чувства». Недаром даже такой горячий поклонник идеи «добрых нравов», как К о л е р , решительно протестует против установления подобной общей обязанности заботиться о других, называя нормы этого рода не только невыполнимыми, но даже и «культурно-вредными» (kulturfeindlich)[1].

Вступая на этот путь, мы, без сомнения, сбиваемся с правильной дороги: движимые указанным выше этическим беспокойством, мы хватаемся за первое попавшееся нам под руки средство, не отдавая себе отчета в его серьезной опасности. Между тем единственно правильной реакцией в случаях подобного рода может быть не гражданская, а только у г о л о в н а я ответственность лица, допустившего гибель человека или крушение поезда. Только эта уголовная ответственность способна приспособиться ко всем особенностям конкретного случая, к степеням «злой воли» преступника и т. д., что также требуется нашим этическим сознанием и чему не может удовлетворить гражданско-правовое возмещение вреда. И, как известно, уголовные кодексы знают отдельные случаи подобной ответственности.

Но должна ли с уголовной ответственностью непременно связываться и ответственность гражданская? Составляет ли всякое нарушение уголовного запрета или приказа уже eo ipso и правонарушение гражданское? Конечно, нет. Это мы видим уже на примере Германского Уложения, которое во второй части своего § 823 объявляет гражданским деликтом только нарушение закона, имеющего своей целью охрану интересов ч а с т н ы х л и ц ; нарушения же других законов, например, охраняющих государственный порядок (бунт, измена и т. д.), составляют только преступления уголовные и не создают для частных лиц никаких прав на возмещение убытков. При обсуждении этого вопроса в комиссии к этой последней категории относились даже законы пожарной или санитарной полиции, хотя в рейхстаге точка зрения на них изменилась[2]. Конечно, закон всегда может усилить репрессию уголовную ответственностью гражданской, пользуясь ею как мерой социальной политики, но сама по себе последняя отнюдь не вытекает из первой. Те случаи преступного бездействия, которые интересуют нас в нашем вопросе, думается нам, дают основание только для ответственности уголовной: с одной стороны, бездействие этого рода возмущает нас не как посягательство на те или

[1] I. K o h l e r . Ein Fall der Menschenhilfe in Privatrecht, статья в «Archiv für bürg. Recht.», т. 36 (1911), вып. 1, стр. 2.

[2] См. P l a n c k . Комментарий к § 823.

другие частные интересы, а как известное антисоциальное и антиморальное поведение лица вообще; с другой стороны, возложить полную имущественную ответственность, быть может, за огромный вред (например, при крушении поезда) на постороннее лицо, которое проявило только бездействие, было бы едва ли справедливо.

Но и уголовная ответственность за бездействие может быть установлена только в наиболее важных случаях, именно там, где опасность грозит важнейшим личным благам людей – их жизни или здоровью (человек тонет, грозит крушение поезда и т. д.). Распространять ее далее было бы и неуместно, и опасно. В особенности это было бы неуместно и опасно по отношению к имущественным интересам: устанавливать общую обязанность заботиться о предотвращении вреда для других значило бы возлагать на всех бремя совершенно невыполнимое.

Конечно, развитие предупредительности к чужим интересам, известного «альтруизма» в этом смысле было бы в высокой степени желательно; но идти к этому следует не путем установления принудительности (уголовной или гражданской), а путем создания таких или иных стимулов для развития предупредительности добровольной. Гражданское право знает уже некоторые нормы этого рода: таковы, например, правила о вознаграждении за находку потерянных вещей. Быть может, следует пойти в этом направлении несколько далее и, по примеру ст. 403 Австрийского Уложения, установить аналогичное вознаграждение за спасение чужих вещей от неминуемой гибели. Но во всяком случае и здесь для подобных мер есть свой предел: возвести в общее правило какое-нибудь вознаграждение за всякий предупрежденный вред значило бы создать почву для самого непрошеного вмешательства в чужие дела и для самых недобросовестных претензий.

Как бы то ни было, если все эти вопросы можно решать так или иначе, то едва ли может подлежать сомнению одно: путь параграфа 826 и возложение гражданской ответственности за бездействие, противное «добрым нравам», есть путь ошибочный и грозящий нам самыми разносторонними опасностями.

* * *

Мы говорили до сих пор о гражданском правонарушении, как о некотором деянии, причинившем другому лицу вред. Но достаточно ли для наличности правонарушения и ответственности одного внешнего момента деяния? Достаточно ли для привлечения к ответственности того простого факта, что одно лицо явилось причиной вреда для другого?

Этот вопрос служит также в настоящее время предметом самой оживленной борьбы между двумя противоположными течениями[1].

Как показывает история, всякое древнее право отвечало на этот вопрос утвердительно. Ответственность связывалась тогда с простым фактом причинения вреда; ни в какие вопросы субъективной виновности примитивное право не входило. Желал ли правонарушитель причинить вред или не желал, сознавал ли он свое деяние или не сознавал – все это было безразлично, все это были такие моменты, которым не придавалось никакое значение. Вследствие этого к ответственности (как гражданской, так и уголовной) привлекались даже лица безумные или малолетние дети. Подобно тому, как при договорах древнее право держалось за сказанное слово или за внешнюю форму независимо от того, соответствуют ли они внутренней воле или нет, так же точно и здесь оно останавливалось на внешнем факте причинения вреда, не вдаваясь в вопрос о внутреннем отношении лица к своему деянию.

Но дальнейшая эволюция приводит и здесь к тому, что мало-помалу центр тяжести переносится внутрь: не причинение вреда само по себе вызывает ответственность, а лишь причинение в связи с виновностью – умыслом или небрежностью. Деяние, которое не может быть вменено в вину, рассматривается как несчастный случай, за который никто не отвечает. Поэтому, в противоположность старому порядку, освобождаются от ответственности лица, лишенные способности разумения, освобождаются и все те, которые явились лишь невольными виновниками вреда.

Впервые римское право отчетливо формулировало этот новый принцип, принцип вины: правила «casus a nullo praestatur» (за случай никто не отвечает) и «casus sentit dominus» (случай остается на том, кого он поражает) были основными заповедями его юридической системы. Лишь в некоторых отдельных отношениях оно устанавливало ответственность более строгую. Наиболее ярким примером этого последнего рода является ответственность хозяев гостиниц, постоялых дворов или кораблей за пропажу вещей постояльцев или пассажиров: хозяева эти отвечали даже тогда, если никакой вины с их стороны (в деле надзора или выбора прислуги) не было; их освобождало только доказательство того, что вещь погибла от так называемой «непреодолимой силы» (vis major), т. е. несчастья стихийного, чрезвычайного, которого никакая человеческая сила предотвратить не может (casus, cui humana infirmitas resistere non potest – например, наводнение, землетрясение, набег разбойников и т. д.). Установленная претором, вероятно, в эпоху гражданских смут последнего столетия республики

[1] Ср. мою статью «Возмещение вреда и разложение его» в «Вестнике права». 1899 г., кн. XI. – Главнейшую литературу после этой статьи см. у Hedemann. Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Iahrhundert. 1910, стр. 81–82.

эта повышенная ответственность имела своей целью оказать максимальное давление на энергию указанных предпринимателей в деле охраны интересов их клиентов и этим обезопасить путешествия от разных событий сомнительного характера.

Вместе с рецепцией римского права принцип вины вошел затем в право новых народов и стал, казалось, незыблемым основным началом всякого культурного правопорядка.

Однако со второй половины XIX столетия начинаются колебания, которые мало-помалу переходят в полное отрицание справедливости и социальной целесообразности этого начала. Практическим толчком к сомнениям в этом смысле послужило развитие крупных транспортных и промышленных предприятий: железных дорог, пароходств, фабрик, заводов и т. д. Обычная эксплуатация этих предприятий неизбежно влечет за собой известное количество несчастных случаев (поезд переехал зашедшее на линию животное, искра из локомотива зажгла находившееся невдалеке строение, машина на фабрике изуродовала рабочего и т. д.), которые даже при самом строгом отношении никак не могут быть сведены к какой-либо вине хозяина. Между тем оставить потерпевших без вознаграждения кажется в этих случаях несправедливым. Некоторое время судебная практика пыталась удовлетворить этому требованию справедливости, растягивая понятие вины до самых фиктивных пределов: классическим стало в этом отношении одно из решений высшего баварского суда, которое провозгласило, что уже самое употребление на железных дорогах локомотивов, выбрасывающих искры, составляет виновный образ действий. Но такие натяжки, очевидно, не могли считаться нормальным состоянием, и на помощь пришло законодательство. В разных странах и в разное время появились специальные законы, которыми была установлена для всех подобных предприятий повышенная ответственность вне зависимости от вины их хозяев, наподобие римской ответственности содержателей гостиниц или постоялых дворов.

Однако сомнения в справедливости вины, однажды возбужденные, не могли уже улечься, и в юриспруденции стало все определеннее и определеннее обозначаться течение в пользу полного отказа от принципа вины и замены его старым принципом причинения (Verursachungsprincip). Этот последний принцип в ошибочном историческом убеждении возводили нередко в достоинство национально-германского и в таком качестве противополагали его принципу вины как началу римскому, чуждому и навязанному. Даже более того: противоположность между обоими этими принципами стали сводить к противоположности между индивидуализмом и социальной солидарностью. Особенно горячо проводил эту мысль уже неоднократно цитированный нами Гирке. Только романистическо-индивидуалистичес-

кому заблуждению, говорил он[1], только полному забвению социальных задач гражданского права мы должны приписать, если все регулирование ответственности за вред строится на принципе вины и деликта. Напротив, если мы не будем упускать этих задач из виду, то нам не обойтись без германского принципа ответственности уже вследствие простого причинения. Пусть причинивший вред невиновен, но ведь еще менее виновен пострадавший...

Вопрос, таким образом, был радикально поставлен, и с той поры спор ведется до настоящего момента, хотя, по-видимому, с течением времени он утрачивает значительную долю своей прежней остроты: если и встречаются еще крайние защитники исключительно того или другого из этих двух принципов, то основное настроение юриспруденции далеко от обеих крайностей. Вообще, вопрос о принципе вины или принципе причинения имеет много сходного с рассмотренным выше вопросом о принципе воли или принципе изъявления при договорах. Как там, так и здесь – одна и та же историческая эволюция от внешнего факта причинения (вреда) или волеизъявления (при договорах) к внутреннему элементу воли. Как там, так и здесь после периода исключительного господства этого последнего элемента – новейший поворот в сторону столь же исключительного «доверия к внешним фактам». Наконец, как там, так и здесь – установление некоторой средней линии юридического разрешения, хотя эта линия далеко еще не свободна от колебаний. Оставляя в стороне подробности этого в высокой степени любопытного вопроса, мы остановимся только на самой его сущности.

Возможно ли, в самом деле, положить в о с н о в у возмещения вреда принцип причинения, как этого требовали его крайние апологеты? Возможно ли ту повышенную ответственность, ответственность без вины, которую закон устанавливает для известных отдельных случаев, вроде вышеприведенных, сделать общим правилом?

Этот вопрос имеет как свою теоретическую, так и свою практическую сторону.

Прежде всего, с теоретической стороны, спрашивается, какое могло бы быть э т и ч е с к о е о п р а в д а н и е для привлечения к ответственности того, кто оказался лишь случайной и невольной причиной вреда? Пока мы стоим на точке зрения принципа вины, мы имеем такое этическое оправдание в собственной вине (умысле или небрежности) причинившего вред; но как только мы переходим мысленно к принципу причинения, это основание отпадает. Проходя по улице, вы внезапно почувствовали себя дурно и, падая в обморок, разбили стекло магазина; охотясь в лесу, где вообще охотиться можно, вы случайно подстрелили человека, находившегося там также слу-

[1] G i e r k e . Die sociale Aufgabe des Privatrechts. 1889, стр. 33.

чайно. По каким этическим соображениям мы привлечем к ответственности в подобных случаях лицо, которому мы никакого упрека по поводу его поведения сделать не можем? Нельзя же, в самом деле, довольствоваться вышеприведенным соображением Гирке: «Если причинивший вред не виноват, то еще менее виноват пострадавший». С точки зрения этого соображения, с равным правом можно было бы привлечь к ответственности всякого встречного, ибо всякому на его вопрос: «Чем я виноват?» точно так же можно было бы ответить: «Ты, конечно, не виноват, но еще менее виноват потерпевший!..»

На поиски этого этического оправдания было потрачено немало усилий. Одни усматривали его в идее риска («idée du risque» французской юриспруденции, «Handeln auf eigene Gefahr» Unger'a): всякий, кто действует, должен нести на себе риск за все случайные последствия своей деятельности. Но это соображение как общее основание не выдерживает пробы: если действовал причинивший вред, то с другой стороны точно так же действовал и пострадавший. Если моя прогулка по улице должна быть действием на мой риск, то почему не является таким же действием на свой риск и постановка стеклянного окна в магазине? Если моя охота является действием на мой риск, то в такой же степени является действием на его риск и прогулка в лесу того, кто попал случайно под выпущенный мною заряд. Почему при таких условиях риск должен лечь на меня, а не на него, остается неясным. Другие ссылались на «принцип активного интереса» (K. Merkel): всякий, кто активно осуществляет свой интерес, должен взять на себя и все возможные последствия этого осуществления. Но и эта ссылка разбивается о те же соображения, которые были только что приведены. Третьи (M. Rümelin) думали найти опору в идее повышения опасностей (Gefährdungsprinzip): тот, кто своей деятельностью повышает опасности для окружающих свыше обычного уровня, должен нести на себе и ответственность за это повышение. Но эта идея, быть может, пригодная для объяснения повышенной ответственности в некоторых особых случаях (железные дороги, автомобили и т. д.), очевидно, не годится для оправдания принципа причинения как общего правила: о каком-нибудь особенном повышении опасности для окружающих, например, в случае моего отправления на прогулку, конечно, серьезно нельзя говорить. Чем далее продолжались поиски в этом направлении, тем более выяснялось, что те соображения, которые оправдывают повышение ответственности в одних случаях, не годятся для других, что эти соображения разнообразны, но ни одно из них не может послужить этическим основанием для установления принципа причинения как общей

нормы ответственности за вред и для замены им этически ясного принципа вины[1].

С другой стороны, в практическом отношении установление принципа причинения привело бы к последствиям едва ли желательным. Уже многократно указывалось на то, что возложение ответственности за всякий случайный вред погрузило бы всю нашу жизнь и деятельность в необозримую пучину случайностей и тем до крайности стеснило бы свободу движения; наиболее верным средством для избежания этих случайностей явилось бы безвыходное сиденье в своей мурье [норе] и воздержание от всякой активности даже в ее самых примитивных формах.

Но, быть может, наиболее наглядное доказательство невозможности построить ответственность на принципе причинения пришло изнутри, из него самого. Когда сторонники этой идеи доказывали несостоятельность принципа вины, они для иллюстрации любили прибегать к примерам, в которых случайным виновником вреда оказывается лицо богатое, а потерпевшим – лицо несостоятельное. Разве справедливо, восклицали они, чтобы миллионер, случайно подстреливший на охоте крестьянина, оставался в стороне от той массы горя и нищеты, которая была создана его деянием? Непосредственное нравственное чувство подсказывало бы всякому порядочному человеку на его месте прийти на помощь пострадавшему и взять на себя последствия своего деяния. Право должно следовать за этим нравственным сознанием и санкционировать его веление: потерпевший не должен зависеть от милости причинившего вред, он должен иметь законное право[2].

Однако этот аргумент имел и свою обратную сторону. Если бы мы на этом основании установили о б щ у ю ответственность за причинение, то эта ответственность легла бы не только на лиц состоятельных, но и на в с е х. А при таких условиях она сплошь и рядом оказалась бы в противоречии с тем самым чувством справедливости, к которому до сих пор апеллировали. В самом деле, достаточно в приведенном примере переменить роли участников (крестьянин подстрелил человека, зарабатывавшего до сих пор большие средства), чтобы увидеть, к каким тяжелым последствиям проектируемая ответственность могла бы привести (крестьянин, в деянии которого не усмотрено никакой вины, оказался бы в полной пожизненной кабале для доставления потерпевшему средств, необходимых ему для существования «сообразно его званию и состоянию», средств, значительно превышающих те, которые тратит сам крестьянин для своего скудного существования). Очевидно, если желательно оставаться в согласии с чувством справедливости,

[1] Ср. M a x . R ü m e l i n . Schadensersatz ohne Verschulden. 1910, стр. 74.

[2] См. Протоколы германской комиссии для пересмотра первого проекта. Т. II, стр. 583, 590.

необходимо принимать во внимание не только факт причинения вреда, но и сравнительную имущественную состоятельность обоих участников.

Весь этот ход размышлений действительно и проделала германская комиссия, пересматривавшая первый проект уложения. Этот первый проект стоял всецело на старой точке зрения принципа вины, но опубликование его совпало с моментом наибольшего подъема описанных выше сомнений и вызвало самую горячую критику. Под впечатлением этой критики вторая комиссия сочла необходимым сделать новому течению серьезные уступки и, обсуждая эти уступки, она дошла до мысли включить в отдел об ответственности за вред следующую, в высокой степени важную статью (§ 752 второго проекта): «Кто не отвечает за причиненный им вред потому, что на его стороне нет ни умысла, ни вины, должен все-таки возместить убытки, насколько этого требует справедливость по обстоятельствам конкретного случая, а в особенности по имущественному положению сторон, и насколько причинивший вред не лишится от этого средств для подобающего ему существования».

Этой статье, впрочем, не суждено было стать действующим законом: в Bundesrath'е она была выброшена, и попытка восстановить ее в комиссии рейхстага была отвергнута. Тем не менее идея, лежавшая в ее основании, отнюдь не сошла со сцены: она отражается в некоторых отдельных положениях новейших кодексов (об этом ниже); она пользуется симпатиями в широких кругах общества, и «нельзя знать, что принесет с собой законодательство будущего»[1]. Во всяком случае она имеет огромный принципиальный интерес.

Однако каково бы ни было наше решение относительно этой идеи в дальнейшем, самое ее возникновение прежде всего свидетельствует о полном крушении принципа причинения как возможного общего начала ответственности за вред. Ибо ответственность в зависимости от имущественного положения сторон есть уже не ответственность по принципу причинения, а ответственность по некоторому «третьему принципу» – «принципу конкретной справедливости»[2].

Но, может быть, действительно дальнейший прогресс права заключается в переходе к этому «третьему принципу»? Быть может, перед лицом этой новой идеи терпит крушение не только принцип причинения, но и принцип вины?

Мы снова стоим перед той же заманчивой мыслью, перед которой мы уже стояли много раз, – перед мыслью об отказе от всяких «принципов» и о предоставлении всего на усмотрение судьи.

---

[1] Hedemann. Die Fortschritte des Zivilrechts, стр. 114.
[2] Hedemann, l. cit.

Конечно, такое решение представляет для его сторонников много удобств. «Всякие теории справедливости, – говорит совершенно правильно М. Рюмелин[1], – благодаря своей неопределенности находятся в том приятном для них положении, что они могут отвергнуть любой вывод, который для них неудобен. Если мы спросим их, должен ли, например, богатый человек, заразивший без всякой вины со своей стороны какой-нибудь болезнью бедного, отвечать перед ним, и не существует ли в случае эпидемии некоторого рода коммунизма между всеми последовательно заразившимися, то они, конечно, ответят: об этом не может быть и речи, это не соответствует справедливости... С этой стороны они, таким образом, неуловимы». Но значит ли это, что они и хороши? Есть ли «неуловимость» желательный признак права?

Конечно, «richesse oblige»*; но если мы будем регулировать ответственность за вред не в зависимости от тех или иных «принципов», а в зависимости от имущественной состоятельности сторон, то не значит ли это, что мы превратим суд в орган «справедливого распределения богатств»? А пригоден ли он для этой цели? Сообразно каким социально-экономическим воззрениям он будет совершать эту работу? Наконец, подумаем о том, как подействует возможность подобного «перераспределения богатств» на психологию населения, на возникновение самых фантастических претензий и процессов[2].

Конечно, «richesse oblige», но не перед теми или другими случайными лицами, а перед целым обществом, которое обеспечивает возможность создания и существования этих богатств. И если необходимо более справедливое распределение их, – оно должно быть совершено не судом и не в зависимости от тех или других мелких случайностей жизни, а самим обществом-государством сообразно какому-нибудь рациональному плану.

Если «принцип конкретной справедливости» есть проявление тенденции к «солидаризации», то это снова проявление близорукое и поверхностное. Для разрешения надвигающихся серьезных задач мы снова хватаемся за наше излюбленное средство – свободное судейское усмотрение. Какой, в самом деле, панацеей оно является! Не правильнее ли, однако, характеризовать это наше современное настроение, вместе с М. Рюмелином[3], как некоторое «пожертвование разумом» – sacrificium intellectus?

Все эти соображения настолько просты, что они неизбежно приходят в голову при всяком сколько-нибудь внимательном обсуждении вопроса, и неудивительно, если после описанных колебаний все новейшие законода-

---

[1] Schadensersatz ohne Verschulden, стр. 64–65.

* [«богатство обязывает» – фр.]

[2] Rümelin, l. cit., стр. 70.

[3] L. cit., стр. 64.

тельства в качестве основного начала ответственности за вред сохраняют принцип вины.

Но сохранение этого начала не исключает возможности и необходимости отдельных отступлений от него по самым разнообразным соображениям. Мы видели уже выше, как такое отступление и повышение ответственности оказалось необходимым по отношению к крупным транспортным и промышленным предприятиям. Такое же повышение ответственности уместно для держателей диких животных, для владельцев автомобилей и т. д. Оно может быть уместно и желательно еще в целом ряде других случаев, – ни перечислять, ни обсуждать их здесь мы не имеем возможности, – но каждый раз такое отступление должно быть результатом всестороннего обсуждения и определенного постановления законодательной власти.

Есть, однако, одно отступление, которое принято почти всеми современными законодательствами и которое тем не менее является странным диссонансом в нынешней системе ответственности за вред. Мы говорим об ответственности лиц, лишенных способности разумения, – малолетних детей, а также безумных и сумасшедших. Согласно общему правилу, все эти лица не отвечают за причиненный ими вред; вместо них могут быть привлечены к ответственности те, которые должны были бы иметь за ними надзор и попечение (родители, опекуны); однако если эти последние докажут, что с их стороны не было никакой небрежности в надзоре, они также от ответственности освобождаются. До сих пор все остается в согласии с общими принципами ответственности, но затем начинается упомянутое отступление. Если убытки не могут быть взысканы с родителей или опекунов, то они взыскиваются, как говорит, например, наш проект об обязательствах (ст. 1181), «вполне или в части из имущества того, кто совершил деяние, причинившее вред, если по имущественному положению как потерпевшего, так и причинившего вред, а также по другим обстоятельствам дела это представляется справедливым, и поскольку это лицо при оплате вознаграждения не лишится средств, необходимых для жизни, соответствующей его общественному положению, а также для исполнения основанных на законе обязательств по доставлению кому-либо содержания»[1].

Как видим, мы имеем здесь частное применение того «принципа конкретной справедливости», о котором у нас была речь и который как общее

[1] Аналогичны § 829 Германского Уложения, ст. 54 Швейцарского обязательственного кодекса и др. – См. мою цит. выше статью «Возмещение вреда и разложение его», стр. 25 и сл.

правило законодательствами отвергается. Какие же причины заставляют их признать этот принцип здесь? Много было потрачено остроумия для объяснения этой загадки, но все попытки ее рационального разрешения успеха не достигли; в конечном счете, основным мотивом для этого правила является все то же: невозможно, чтобы богатые дети или сумасшедший миллионер остались в стороне от причиненного ими зла[1]. Но это соображение имеет здесь не больше веса, чем вообще, и потому говорить о нем по поводу этого специального случая не приходится. Необходимо только обратить внимание на то, что при нынешнем положении вещей подобная ответственность детей и безумных составляет для них несомненное privilegium odiosum* по сравнению с остальными: здоровый и взрослый человек, без всякой вины со своей стороны причинивший вред, за него не отвечает, а лицо, вовсе лишенное способности разумения, отвечает. Сомневаемся, чтобы такое неравное отношение соответствовало какой бы то ни было справедливости.

* * *

Помимо рассмотренного института возмещения вреда, гражданское право знает также отдельные случаи разложения его: если при возмещении вреда убыток, понесенный одним, перелагается на другого, то бывают случаи, когда он не перелагается, а разлагается так или иначе на целую группу лиц вместе с самим непосредственно потерпевшим.

Древнейшим и наиболее наглядным примером этого рода является случай морской аварии; он был известен уже древнему римскому праву под именем «Родосского закона об аварии» (lex Rhodia de jactu; очевидно, он самим римским правом был заимствован из права греческого), но составляет и в настоящее время всеобщее правило морского права. Простейшая сущность этого правила заключается в том, что, если во время плавания для спасения судна окажется необходимым выбросить за борт часть груза, то вред, причиненный таким образом его собственнику, разлагается пропорционально на всех, чьи товары были на корабле. Перед лицом общей опасности все одинаково заинтересованные лица составляют как бы некоторое товарищество для совместного несения вреда, который может постигнуть одного из них.

Зародившийся в этом отдельном случае институт разложения вреда нашел себе затем широкое применение не только в области торгового, но и в области гражданского права: на этой идее разложения вреда покоится, как

[1] См. Hedemann. Die Fortschritte etc., стр. 107.

* [тягостную привилегию – лат.]

известно, весь институт страхования, который приобретает в современной жизни все более и более серьезное значение. Создавая некоторую солидарность и взаимопомощь между лицами, одинаково в известном отношении заинтересованными, этот институт гарантирует каждое отдельное из них от ударов случайности (огня, падежа скота и т. д.) и тем придает хозяйственной деятельности бóльшую устойчивость и выносливость. Но рассмотрение разнообразных и сложных вопросов страхования выходит далеко за пределы нашей задачи, и если мы сочли нужным упомянуть здесь о нем, то лишь потому, что идея разложения вреда играет видную роль и в вопросе о гражданско-правовой ответственности за вред.

Дело в том, что к этой идее прибегают нередко сторонники принципа причинения, усматривая в ней аргумент в пользу этого последнего. Так например, один из первых и наиболее энергичных защитников этого принципа, Mataja, говорил: римский принцип «casus sentit dominus» является выражением близорукого эгоизма и противоречит общим интересам народного хозяйства. Случайный вред, падая на одного, может быть для пострадавшего совершенно гибелен, между тем как разложенный на большую массу лиц, он мог бы быть сделан почти нечувствительным. Такое индивидуалистическое регулирование вреда было чуждо древнегерманскому праву, где семья, род, гильдия поддерживали своих членов в подобных случаях, представляя, таким образом, нечто вроде обществ взаимного страхования. Инстинктивная потребность разложения убытков от несчастий в новейшее время вызывает к жизни самые различные виды страхований, в особенности важный вид обязательного страхования рабочих на случай увечий, болезни, старости и т. д.[1] И вот, отправляясь от этой мысли, Mataja приходит к защите принципа причинения...

Нужно ли говорить о том, насколько подобный вывод логически неправилен? Принцип причинения, так же как и принцип вины, есть принцип переложения вреда, а не его разложения: вместо того, чтобы лежать на одном, вред будет переложен на другого, но, с точки зрения всего народного хозяйства, результат будет один и тот же; если вред может отозваться гибельно в одном случае, то он не менее гибельно может отозваться и в другом.

Об известной степени разложения вреда можно говорить, пожалуй, только при осуществлении «принципа конкретной справедливости» в связи с имущественной состоятельностью сторон: при известном соотношении иму-

[1] Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalöconomie, 1888. – Ср. мою статью «Возмещение вреда и разложение его», стр. 5–7.

ществ вред, действительно, может оказаться разложенным на плечи обоих заинтересованных лиц.

Но, во-первых, усматривать в таком «разложении» хотя бы отдаленное подобие идеи страхования совершенно невозможно. Страхование соединяет в одну группу лиц, терпящих или могущих потерпеть одно общее несчастье, а не лиц, терпящих и причиняющих вред. Страхование от огня, например, разлагает убытки, понесенные одним, на всех тех, которые также понесли или еще могут понести такой же вред от того же огня, но оно отнюдь не разлагает убытков между пострадавшим и поджигателем. Если бы последнее было по каким-нибудь соображениям установлено, оно определялось бы не идеей страхования, а какой-нибудь иной.

А во-вторых, – и это самое главное, – истинное и последовательное проведение идеи страхования от несчастных случаев должно было бы привести нас к совершенно иным и гораздо более глубоким выводам. Уже само воспоминание о старом значении родов, гильдий и т. д. должно было натолкнуть Mataja и других, кто оперировал с этой идеей, на возможность некоторого иного разрешения нашего вопроса, чем простое возвращение к примитивной ответственности за простой факт причинения вреда. Mataja и другие этой возможности не доглядели, и вследствие этого вся «гора» их размышлений о народнохозяйственном значении разложения вреда в полном смысле «родила мышь» – мышь судейского «распределения богатств» по «принципу конкретной справедливости». Между тем идея страхования действительно стучится в двери нашего сознания, и мы думаем, что ей принадлежит великое будущее, – но об этом ниже.

А пока что, оглядываясь назад на всю рассмотренную нами область вопросов, связанных с правонарушениями и ответственностью за них, мы не можем не констатировать, что и здесь чувствуется бесспорное тяготение к некоторой «солидаризации» и «социализации». Чувствуется, что нельзя бросить на произвол судьбы человека, пораженного случайным несчастьем, и что полное равнодушие к беде ближнего не может считаться идеалом культурного общежития. Тяготение, повторяем, ощущается несомненное, но вместе с тем так же несомненно и то, что те средства, которыми пытается проявить себя это тяготение, далеко не отвечают своему назначению. Этическое сознание требует каких-то мер для большей «социализации» правопорядка, а наша мысль пока не может придумать ничего иного, кроме все того же пресловутого судейского усмотрения, которое приводит в конце концов только к уничтожению всякого п р а в о п о р я д к а. Гражданское право и здесь находится еще в стадии интенсивного искания истины, а не обладания ею.

XVII. ЛИЧНОЕ И ОБЩЕСТВЕННОЕ НАЧАЛО В НАСЛЕДСТВЕННОМ ПРАВЕ

Последнюю обширную область гражданского права составляет право наследственное.

Вопрос о судьбе имущества после смерти его субъекта-хозяина имеет огромное как личное, так и общественное значение. Здесь также сталкиваются самые разнообразные интересы, самые противоположные течения, которые дают эволюции наследственного права то одно, то другое направление.

Но прежде всего нужно сказать, что самое понятие наследования, как некоторого универсального посмертного преемства во всем имуществе покойного, возникает в истории человеческих обществ далеко не сразу. В примитивных обществах, как мы видели, даже идея субъективных прав рисуется еще очень туманно. Известное представление о принадлежности той или другой движимой вещи (орудия, одежды, запасов пищи), конечно, имеется, но, как мы уже говорили, эта принадлежность далеко еще не имеет характера нашего нынешнего права собственности: тот, кому вещь принадлежит, защищается в своем праве на эту вещь не потому, что она ему принадлежит, а потому, что посягательство на нее составляет деликт, т. е. личную обиду по адресу «собственника». При таком представлении неудивительно, если со смертью последнего и самые его «права» прекращаются бесследно: принадлежавшее покойному несложное имущество оказывается бесхозяйным, ничьим, и потому подлежит свободному завладению всех и каждого. Любопытное переживание этого воззрения мы встречаем, например, еще в старом римском праве, которое провозглашало, что понятие воровства неприменимо к захвату наследственного имущества (rei hereditariae furtum non fit): пока оно не принято наследником, оно еще ничье, и потому завладение им не есть кража.

Однако, такой порядок вещей мыслим лишь до тех пор, пока общество представляет аморфную массу индивидов, ведущих почти совершенно обособленное существование. Положение, конечно, должно радикально измениться с того момента, когда внутри общества появляются такие или иные связи, которые теснее сплачивают известные группы индивидов. Такой именно связью является прежде всего связь с е м ь и и возникающая далее на ее основе связь р о д а . Появление этих союзов обозначает уже возникновение вокруг индивида некоторых концентрических кругов из лиц, к нему более близких, чем все остальные. В семье и роде человек находит себе поддержку и защиту против всяких врагов; семейные и родичи помогают ему при жизни, мстят за его убийство и т. д. Естественно поэтому, что эти же

более близкие люди должны иметь и преимущественное право на оставшееся после него имущество.

По отношению к недвижимости дело уже с самого начала обстояло иначе. Самое представление о каких бы то ни было правах на нее не могло появиться раньше перехода к оседлости и земледелию, а этот переход возможен только в обществе с уже установившейся семейной и родовой организацией. Но при этом, как мы знаем, древнейшему праву неизвестна индивидуальная собственность на землю: земля считается принадлежащей тем или другим союзам, из которых народ или племя складывается, т. е. общинам, родам, семьям. Вследствие этого смерть отдельного домохозяина отнюдь не обозначала наступления бесхозяйности для той земли, на которой он сидел: истинный хозяин – т. е. семья, а при ее отсутствии род или община – не исчезал, менялись лишь лица, имевшие право на непосредственное пользование. Самый характер имущественного усвоения, характер «собственности», определял таким образом здесь неизбежность посмертного преемства и ставил порядок этого последнего в непосредственную зависимость от семейного и родового строя.

Большое значение имело, далее, и развитие экономического оборота, который не может мириться с распадением имущества. Все деловые отношения покоятся на кредитоспособности их участников, а эта кредитоспособность была бы совершенно непрочной, если бы она могла быть разрушена случайным событием – смертью контрагента. Поэтому развивающийся гражданский оборот требует соединения долгов с имуществом; требует установления правила, чтобы тот, кто получает имущество покойного, отвечал и по его долгам. Вследствие этого наследственный переход приобретает характер преемства у н и в е р с а л ь н о г о : наследственная масса мыслится не как сумма разрозненных имущественных объектов, а как некоторое единство, в котором наличность и долги (activa и passiva) сливаются в одно юридическое целое (universum jus), переходящее не к случайному захватчику, а к известным, заранее предопределенным лицам, наследникам.

Наконец, не остаются без влияния и мотивы идеологического, «трансцендентного» порядка. Те или другие представления о загробной жизни и о связи поколений уходящих с поколениями остающимися налагают соответственный отпечаток на характер наследственного перехода. В зависимости от большей или меньшей силы этого элемента в нормах о наследовании сказывается большее или меньшее влияние религии, и самое наследование выходит далеко за пределы простого имущественного преемства. Так например, по представлению древних римлян, наследование есть прежде всего преемство в самой личности покойного. Отсюда невозможность отречься от наследства для ближайших наследников покойного, например, членов его семьи

(heredes sui et necessarii); отсюда же и полная ответственность наследника за долги наследодателя, ответственность собственным имуществом, если наследственная масса окажется для покрытия долгов недостаточной.

Под влиянием всех этих мотивов складывается мало-помалу институт наследования. По древнейшему праву наследование известно только в одном своем виде – именно в виде наследования по закону Личность наследника определяется самым строением семьи и рода, и как положение лица в этих последних не может быть изменено частной волей индивида, так не может быть изменен ею и предопределенный этим семейным строем порядок наследования. Другими словами, чего-либо подобного завещанию древнейшее гражданское право еще не знает. Известное изречение, которым обыкновенно (по примеру средневекового английского писателя Гланвиллы) характеризуется старое германское право, – «solus deus heredem facere potest, non homo»*, – отлично передает представление о наследовании не только этого последнего, но и всякого древнего права вообще. Индивид еще связан родом, поглощен им, ибо вне его он в эту древнейшую эпоху беспомощен.

Но затем, как мы уже знаем, положение меняется; крепнущее и развивающееся государство ослабляет значение родового союза; индивид, в свою очередь, начинает чувствовать свою силу и потребность в ее свободном применении. Личное, индивидуальное начало вступает в борьбу с началом общинным, родовым, семейным.

Однако первые шаги в этой борьбе еще очень скромны. Личная воля на первых порах пытается двигаться, лишь приспособляясь более или менее к порядку законного наследования и не нарушая его коренных устоев. Одним из древнейших видов посмертных распоряжений является распоряжение отца о разделе семейного имущества между детьми – законными наследниками. Таков, например, «ряд» нашей Русской Правды. С одной стороны, идея отцовской власти, а с другой стороны, – то обстоятельство, что такое распоряжение не нарушает прав и интересов родичей, способствует раннему признанию юридической силы за подобными распоряжениями.

Другим древним суррогатом завещания является усыновление будущего наследника. Быть может, первоначально такое усыновление допускалось лишь при отсутствии собственных детей или при наличности других уважительных причин; во всяком случае такое усыновление формально не ломало порядка законного наследования: оно, напротив, вводило будущего наследника в ряды законных. Только в таком виде было возможно избрание

* [«только бог может сделать наследниками, но не человек» – лат.]

наследника, например, в древнем греческом праве; такой же характер имеет и институт «адфатомии» или «gairethinx» в праве древнегерманском.

Дальнейшим этапом в развитии посмертных распоряжений является, повидимому, назначение из имущества, вообще переходящего к законным наследникам, отдельных частичных выдач (отказов, или легатов), например, «по душе» на церковь и т. д. По мнению многих, только в таких отдельных выдачах или легатах могло состоять древнейшее римское завещание. Во всяком случае только их знало средневековое завещание у германцев; личность же самого наследника, как сказано, определялась по их представлениям самим Богом и не могла быть изменена человеческой волей. Это воззрение в принципе продолжает сохраняться еще и доныне во французском праве, где общим правилом является известное «l'institution d'héritier'a pas de lieu»* и где всякое завещательное распоряжение рассматривается под углом зрения наследственных отказов (legs).

У некоторых народов, наконец, отступление от обычных норм законного наследования и назначение наследника начинает допускаться с согласия всей общины, народного собрания. Таково древнеримское testamentum comitiis calatis: обычный законный порядок отстраняется отдельным сепаратным законом.

Начавшись в таких скромных формах, завещательная свобода затем постепенно все более и более расширяется. Развитие свободы собственности и имущественных распоряжений при жизни влечет за собой и свободу распоряжений на случай смерти. У одних народов это расширение идет быстрее, у других медленнее: у римлян, например, почти весь процесс развития завещательной свободы лежит за порогом истории, меж тем как у новых народов он протекает медленно еще на всем протяжении средних веков.

При этом свобода завещательных распоряжений устанавливается не с одинаковой легкостью в зависимости от разных видов имущества. Она допускается легче по отношению к движимости и труднее по отношению к недвижимости. Так например, в старогерманском праве завещание долго могло касаться только движимого имущества, меж тем как недвижимость должна была переходить непременно к законным наследникам и даже не подлежала ответственности за долги. Мало-помалу, однако, и здесь это различие сглаживается.

Свобода завещания далее, по понятным причинам, скорее устанавливается по отношению к имуществам благоприобретенным и труднее по отношению к родовым. Так например, в нашем действующем

* [«назначение наследника не допускается» – фр.]

русском праве еще и в настоящее время имущества родовые могут быть завещаемы только в очень узких пределах. Но в большинстве современных европейских законодательств это различие уже исчезло.

Таким образом, свобода посмертных распоряжений составляет вместе со свободой собственности и свободой договоров один из краеугольных камней современного гражданского строя. В длинном историческом процессе индивидуальная воля пробилась через сложную сеть всевозможных стеснений и заняла принципиально решающее положение.

Однако завещательная свобода имеет и свои обратные стороны. По мере ее установления перед гражданским правом возникает новый весьма важный вопрос.

Наследодатель может иметь близких родных, которые в нем имели своего единственного кормильца, которые при его жизни имели даже законное право требовать от него содержания и которые с его смертью лишатся этого, быть может, единственного источника своего существования. Может ли при таких условиях наследодателю быть предоставлена полная свобода завещательного распоряжения? Можно ли ему предоставить право, игнорируя, например, своих детей или родителей, завещать все свое имущество лицу совершенно постороннему? Конечно, с одной стороны, каждый волен распорядиться своим имуществом, как ему угодно; с другой стороны, можно ли в такой степени забывать об интересах этих близких лиц?

В древнейшее время, когда воля наследодателя была так или иначе связана, для всех этих близких лиц именно в этой связанности заключалась известная гарантия в том, что по крайней мере известный комплекс имуществ (недвижимость, родовое и т. д.) им достанется. Но с отпадением всех ограничений эти исторические гарантии исчезли, и вопрос о судьбе близких лиц обнажился.

Уже римское право разрешило указанную дилемму установлением так называемого необходимого наследования и института обязательной доли. Ближайшие в семейном порядке к наследодателю лица – именно нисходящие, при их отсутствии – восходящие, и, наконец, при известных условиях братья и сестры – имеют право требовать, чтобы им была оставлена из наследства по крайней мере некоторая часть их законной доли; это и есть так называемая обязательная доля. Размер ее был определен сначала в виде одной четверти той части, которую получил бы каждый из них при наследовании по закону, а затем (Юстинианом) он был повышен до $^1/_3$ и даже до $^1/_2$ в зависимости от общего количества необходимых наследников.

Вслед затем идея необходимого наследования была вместе с римским правом реципирована новыми народами и стала прочным достоянием запад-

ноевропейского (континентального) наследственного права, хотя детали регулируются в разных законодательствах не вполне одинаково. Ограничимся здесь лишь главнейшим.

Теми близкими лицами, которые имеют право на обязательную долю, в большинстве законодательств признаются нисходящие, восходящие и супруг покойного; Швейцарское Уложение, однако, присоединяет сюда еще родных братьев с сестрами.

Размер обязательной доли определяется или для всех случаев одинаково, или же варьируется. Так, по Германскому Уложению она равняется всегда половине законной доли, меж тем как по Швейцарскому она определена в $^3/_4$ для нисходящих, $^1/_2$ для родителей и $^1/_4$ для братьев и сестер. Во французском праве та доля имущества, которой наследодатель может распорядиться в завещании (так называемая quotité disponible), равняется при одном ребенке половине всего наследства, при двух – $^1/_3$, при трех – $^1/_4$ и затем уже остается неизменной.

Наконец, в большинстве законодательств, по примеру римского права, при наличности уважительных причин (преступления или обиды по отношению к наследодателю, дурное поведение и т. д.) допускается лишение этой обязательной доли волей завещателя. Напротив, французское право такого лишения не допускает.

Что касается нашего русского права, то оно института необходимого наследования не знает, удовлетворяясь историческим запрещением завещать родовые имущества. Конечно, это запрещение является до некоторой степени гарантией для нисходящих, но оно, с одной стороны, уже отжило свой век, а, с другой стороны, далеко не в состоянии заменить институт обязательной доли. Оно отжило свой век потому, что слишком и без нужды стесняет свободу завещательного распоряжения: завещание родового имущества посторонним лицам не допускается даже тогда, когда указанных близких лиц нет вовсе (позволяется выбирать наследника лишь из родственников того же рода). С другой стороны, близкие лица не имеют никаких гарантий тогда, если у наследодателя есть только имущество благоприобретенное. Ввиду всего этого совершенно правильно проект нашего уложения, отменяя запрещение завещать родовые имущества, предполагал заменить его установлением института обязательной доли; но пока что и эта благая мысль остается только проектом. Взамен этого закон 3 июня 1912 г. уменьшил даже прежнюю гарантию для нисходящих, разрешив собственнику родового имущества распорядиться им по завещанию, не стесняясь законными долями своих детей, вследствие чего стало возможным лишение всех детей наследства даже в родовом имуществе в пользу одного-единственного из них.

Мы видели, таким образом, как усиление личности за счет первобытных родовых связей постепенно привело к установлению свободы завещательных распоряжений. Но ослабление этих родовых связей не могло не отозваться и на судьбе наследования по закону

Как было сказано выше, всестороннее значение рода в древнейшем обществе, а также, в частности, родовой характер земельной собственности приводили к принципу родового наследования, т. е. к наследованию в постепенном порядке всех родичей, даже самых отдаленных. Классическим примером в этом отношении является опять-таки древнейшее римское право, согласно которому, если у покойного не осталось членов собственной семьи (так называемых «своих наследников», «sui heredes»), то к наследованию призывались сначала родственники (агнатические), индивидуальное родство которых с покойным можно было доказать, а при их отсутствии – даже gentiles, т. е. просто члены того же рода, хотя бы уже никаких признаков родства между ними и наследодателем найти было нельзя.

Но затем развитие государства, с одной стороны, и индивидуалистического строя жизни, с другой стороны, уничтожает прежнее реальное значение родов, а вместе с тем начинает осыпаться почва под всем зданием родового наследования. Так например, в том же римском праве уже во второй половине республики исчезает указанное наследование gentiles; но этого мало: преторский эдикт идет дальше и вводит существенное ограничение даже для наследования родственников, индивидуальное родство которых несомненно, – он отказывается давать наследство боковым родственникам далее 6-й степени родства. Взамен этого начинает заявлять претензию на известное участие в наследовании государство, взявшее на себя значительную долю тех задач (защиты, призрения и т. д.), которые раньше выполнялись родовыми союзами. Император Август определяет окончательно, что всякое выморочное наследство идет в казну, и в то же время вводит 5-процентную пошлину со всяких наследств вообще. Однако то ограничение в наследовании боковых родственников, которое было введено преторским эдиктом, не удержалось в римском праве: реформируя общий порядок наследования по закону в своих новеллах, Юстиниан не установил никаких пределов в этом отношении, вследствие чего в римском праве самой последней стадии боковые родственники призываются к наследованию «до бесконечности» – «ad infinitum».

В праве новых народов родовое начало удерживалось вообще сильнее и долее, чем в праве римском, и потому римское правило о наследовании боковых ad infinitum казалось здесь естественным и долго не возбуждало сомнений. Сомнения пришли значительно позже и совсем с другой стороны[1].

[1] Общий очерк истории этого вопроса см. у Hitzig. Die Grenzen des erb. Rechts. 1908.

С тех пор как мыслители вообще стали задумываться над причинами социальных бед и социальных неравенств, их мысль невольно останавливалась на значении в этом отношении наследования, так как оно, очевидно, ставит одних людей с самого начала в более привилегированное положение, чем других. Естественно поэтому, что наследование вообще стало предметом оживленной критики.

Уже Бентам, полагавший, что необходимо вообще стремиться к уравнению имущественных условий каждого, настаивал на серьезном ограничении наследования. Не считая возможным ограничивать право завещательных распоряжений, он в то же время думал, что если наследодатель этим правом не воспользовался, то наследование по закону может быть допущено только для детей, родителей, братьев и сестер; при их отсутствии наследство должно идти в казну.

Аналогичные идеи высказывались нередко и деятелями Великой французской революции – Мирабо, Робеспьером и др. В соответствии с ними в 1793 г. Durand-Mailand'ом был внесен законопроект, в силу которого государство при наследовании родственников до 7-й степени должно было получать известную прогрессивно растущую часть наследства, а при наличности дальнейших – все. Этот законопроект не получил санкции; однако вызвавшее его настроение отразилось, хотя и в ослабленной степени, на Code Napoléon: он первый ввел ограничение наследования боковых родственников 12-й степенью родства.

Примеру Французского кодекса последовало затем Австрийское Уложение 1811 г.: регулируя порядок законного наследования по линиям или парентелам (прежде всего призываются к наследованию нисходящие покойного – первая парентела, затем его родители и их потомство – вторая парентела, далее деды и бабки и их потомство – третья парентела и т. д.), этот кодекс ограничивает призвание родственников шестой парентелой; при отсутствии этой последней наследство считается выморочным.

В течение XIX века критика наследственного права продолжалась. Горячими противниками наследования явились сенсимонисты. Bazard взамен наследования предлагал учреждение особых банков, которые распределяли бы наследство не между родственниками, а между «достойнейшими». Enfantin относился несколько мягче: он отрицал только наследование боковых родственников и для устранения его проектировал введение такой высокой прогрессивной наследственной пошлины, которая при переходе наследства к боковым родственникам почти исчерпывала бы его целиком.

Нечего говорить о том, что наследование принципиально отвергается социализмом: наследование во всех его видах, конечно, тесно связано

с нынешней частно-правовой организацией хозяйства, и отрицательное отношение к последней неизбежно должно влечь за собой отрицание наследования.

Однако критическое отношение к наследованию отнюдь не связано с такими крайними учениями. XIX век чрезвычайно богат разнообразными проектами реорганизации наследственного права с точки зрения его большего или меньшего сужения в интересах государства. Нет возможности и необходимости останавливаться на всех этих проектах в отдельности; достаточно простого факта их существования для того, чтобы убедиться, насколько вопрос о наследовании, о его справедливых «пределах» является очередным вопросом современного гражданского права. Почва под прежним зданием наследственного права, очевидно, выветрилась, и оно должно быть перестроено на новом, соответствующем нынешнему реальному строю общества фундаменте.

Однако все ли части этого здания одинаково обветшали, все ли они одинаково подлежат сломке?

Обратимся прежде всего к наследованию по завещанию. Можно ли думать об уничтожении принципа завещательной свободы?

Был один момент, когда законодательство французской революции дошло до этого[1]. Уничтожив аристократический принцип наследования старшего сына, что было нормальным порядком законного наследования в дворянском сословии до революции, и установив демократическое начало равного наследования всех детей, деятели революции поддались опасению, как бы свобода завещаний не свела всех их стремлений на нет. Вследствие этого декретом 7 марта 1793 г. право завещательных распоряжений было объявлено уничтоженным вовсе. В обоснование этой меры приводились соображения о том, что со смертью лица все его права кончаются и что он не может навязывать потомкам тирании своей воли. Однако скоро эта мера была отменена, и ограничение завещательной свободы свелось только к установлению указанного выше «резерва» в интересах ближайших наследников.

С той поры вопрос об уничтожении завещательного права серьезно не ставится. До тех пор, пока хозяйственный строй будет покоиться на началах частной инициативы, уничтожение права распорядиться своим имуществом на случай смерти привело бы только к целому ряду тяжелых отрицательных последствий. Не имея возможности обеспечить на случай своей смерти близких лиц, которые не являются наследниками по закону, или отдать свое имущество на служение тем целям, которые были дороги при жизни, люди утратили бы один из существенных стимулов для развития своей хозяйственной

[1] См. S a g n a c . La législation civile de la révolution française. 1899, стр. 225 и сл.

энергии и предприимчивости. Взамен этого под конец жизни могла бы развиться наклонность к бесполезным тратам и расточительству. Если при таких условиях вполне законны и необходимы некоторые ограничения завещательной свободы в интересах ближайших родных в виде описанного выше необходимого наследования, то о полном уничтожении этой свободы не может быть речи. Можно еще поставить только вопрос о том, не следует ли государство, обеспечивающее индивиду свободу его деятельности и тем способствующее накоплению имуществ, признать также известным обязательным участником в наследстве. Эта мысль действительно находит себе осуществление в институте наследственной пошлины. Пошлину эту можно повышать и понижать, но идти дальше этого и устанавливать еще какое-нибудь ограничение завещательной свободы в интересах государства, давать ему, например, какое-нибудь необходимое наследственное право рядом с другими необходимыми наследниками было бы во многих отношениях нецелесообразно.

Таким образом, вопрос о перестроении наследственного права концентрируется на наследовании по закону. Но что именно вызывает сомнения в этой области?

Можно ли прежде всего отказаться от наследования нисходящих? Очевидно, нет: это значило бы прежде всего отнять у родителей уверенность в том, что результаты их трудов пойдут тем, интересы которых составляли главную заботу их жизни, и вследствие этого вызвать то же ослабление народной энергии, о котором мы говорили выше. Конечно, при сохранении завещательного права дети могут быть обеспечены завещанием родителей, но, во-первых, завещание не всегда может быть совершено, а во-вторых, все это уничтожение законного наследования нисходящих практически превратилось бы тогда в установление всеобщей обязательности завещания, т. е. привело бы только к обременению народа излишней формальной повинностью. С другой стороны, лишение детей законного наследования выбрасывало бы их тотчас же после смерти родителей на улицу часто в совершенно беспомощном состоянии. Вследствие этого вопрос о наследовании нисходящих также серьезно не ставится. Даже Дж. Ст. Милль, вообще отрицательно относившийся к законному наследованию, признавал наследование нисходящих, хотя желал ограничить его только тем, что необходимо для вступления их в самостоятельную жизнь. Однако эта последняя мысль сочувствия не встречает. И действительно, практическое осуществление ее запутало бы государство в очень сложный вопрос об определении того, что именно необходимо детям для самостоятельной жизни, вызвало бы всеобщее раздражение и бесконечное разнообразие всевозможных обходов.

Можно ли, далее, устранить законное наследование в о с х о д я щ и х ? Этот вопрос несколько сложнее ввиду того, что родители обыкновенно меньше зависят от детей, чем дети от родителей. Однако и этот вопрос должен быть решен в положительном смысле: родители в свое время заботились о детях, обязаны были давать им содержание и сплошь и рядом имеют в них на старости единственную поддержку. Ввиду этого во всех западноевропейских законодательствах наследственное право восходящих признается бесспорным; мы видели даже, что они относятся к числу наследников необходимых. Тем более заслуживает осуждения наше действующее русское право, которое хотя и говорит в 1 ч. X т. о «наследовании в линии восходящей», но по существу такое наследование отрицает. Согласно нашему закону, родители получают после детей только в двух случаях: а) если в составе наследства после детей оказывается имущество, дошедшее к ним от самих родителей, то это имущество возвращается им «яко дар» (ст. 1142), и б) родителям дается пожизненное пользование в благоприобретенном имуществе детей (ст. 1141). Таким образом, наше законодательство принципиально предпочитает родителям боковых родственников, даже самых отдаленных, что, конечно, является совершенно ненормальным.

Если это так, то весь наш вопрос, в конце концов, локализуется на наследовании б о к о в ы х р о д с т в е н н и к о в . Но надлежащее регулирование этого наследования встречает серьезные затруднения. С одной стороны, несомненно, что безграничное наследственное право этих боковых родственников потеряло под собой всякую принципиальную почву. Род как некоторый союз, несший когда-то на себе существенные и совершенно реальные обязанности по отношению к своим членам, ныне утратил это значение, уступив свое место государству. Родственники более далеких степеней часто в жизни не состоят между собой ни в каких отношениях, даже не знают друг друга, вследствие чего получение наследства является для них приятным сюрпризом («радостные наследники», «lachende Erben»). Однако, с другой стороны, можно ли на основании этих соображений дойти до полного уничтожения в с я к о г о наследования боковых? Можно ли, например, отвергнуть наследование родных братьев и сестер? Такое решение также едва ли было бы справедливым: как ни дифференцирована нынешняя семья, все же и в настоящее время между б л и ж а й ш и м и родственниками существует, по общему правилу, несомненная жизненная связь; все же они часто являются поддержкой друг для друга, и недаром, как мы видели, некоторые законодательства включают братьев и сестер даже в число необходимых наследников.

Таким образом, нужно найти середину: наследование боковых должно быть ограничено в пользу государства, но не уничтожено вовсе. Спрашивает-

ся только, где найти критерий для этой середины, как определить справедливый «предел» этого наследования.

Естественный и очевидный критерий для расширения этого вопроса, как мы видим, отсутствует, вследствие чего законодательства колеблются. Однако в течение XIX века обнаруживается неуклонная тенденция к постепенному сужению родственного наследования. Как мы уже упоминали, впервые Code Napoléon ограничил наследование боковых 12-й степенью родства; созданные по образцу его, но более поздние кодексы Итальянский 1865 г. и Испанский 1888 г. доводят уже это ограничение первый до 10-й, а второй даже до 6-й степени. Австрийское Уложение ограничивало шестой парентелой, а усваивающее тот же линейный (по парентелам) порядок призвания Швейцарское Уложение останавливается уже в этом призвании на третьей парентеле. Все эти низшие пределы, конечно, заслуживают безусловного предпочтения; но можно ли идти далее и уничтожить, например, наследование двоюродных братьев друг после друга или племянников после дядей – это уже является в высокой степени спорным.

Во всяком случае безграничность призвания боковых осуждена бесповоротно. Этим самым осуждено и наше действующее русское право, продолжающее признавать такую безграничность. Неосновательность этого порядка сознана и нашим проектом, который, впрочем, устанавливает очень скромный предел: первоначально он последовал примеру Австрийского Уложения, но затем, во второй редакции, предел призвания боковых был понижен до п я т о й парентелы, или «разряда» (прапрадеды и прапрабабки и их нисходящие).

Но если наш X том имеет извинительную причину в самой своей устарелости, то совершенно неизвинительно решение нового Германского Уложения, которое в самом конце XIX века санкционировало отжившую безграничность. Правда, второй проект этого Уложения установил было ограничение четвертой парентелой, но это ограничение в комиссии рейхстага было отклонено; законодательство, говорили там, должно сделать со своей стороны все, чтобы противодействовать разнообразным, широко в настоящее время распространенным разрушительным тенденциям по адресу семейного союза[1].

Нужно, впрочем, сказать, что эта крупная законодательная ошибка вызывает в самой Германии серьезное недовольство и попытки ее исправления[2]. До настоящего времени, однако, эти попытки не увенчались успехом: соответствующие законопроекты, внесенные в рейхстаг в 1908 г., а затем и в

[1] См. Endemann. Lehrbuch des bürg. Rechts. T. III (1900), стр. 71, прим. 21.

[2] Об этих попытках см. Пергамент Новейший фазис в вопросе о праве наследования государства. – «Вестник гражданского права», 1914, кн. 5.

1913 г. (последний имел в виду ограничить наследование боковых только второй парентелой, т. е. устранить от наследства все потомство дедов и бабок, следовательно, например, двоюродных братьев и сестер), были отвергнуты. Но, конечно, на этом дело не остановится, и наследственная конкуренция между государством и боковыми родственниками кончится и здесь, без сомнения, в пользу первого.

* * *

Суммируя все изложенное, мы можем сказать, что и в области наследственного права мы имеем ту же борьбу между тенденцией к «индивидуализации» и тенденцией к «солидаризации». Если в развитии свободы завещательных распоряжений торжествует первая, то в возрастающем участии государства в наследовании получает осуществление вторая. Отрешаясь от исторической солидаризации в союзах родовых или общинных, развивающееся общество переходит к солидаризации в государстве.

Заслуживает быть отмеченным в заключение еще только одно обстоятельство. Область наследственного права по сравнению со всеми предыдущими областями гражданского права отличается той счастливой особенностью, что во всех рассмотренных выше спорных вопросах мы не находим обычного обращения к судейскому «справедливому» усмотрению. Как это ни странно, но ни в вопрос о необходимом наследовании, ни в вопрос о пределах наследования боковых родственников доктрина «свободного права» со своими обычными приемами проникать не рискует. И, конечно, вся постановка этих вопросов от этого только выигрывает.

XVIII. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Мы пересмотрели наиболее характерные проблемы гражданского права и полагаем, что основные тенденции настоящего момента выступили достаточно определенно.

Гражданское право исконно и по самой своей структуре было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения. Здесь впервые зародилось представление о человеке как субъекте прав, т. е. представление о личности как о чем-то юридически самостоятельном и независимом даже по отношению к государству и его властям. Раз за человеком признано то или другое субъективное право, он уже занимает определенную позицию по отношению к этим последним, он уже чего-то может требовать от них, он уже известная волевая единица, а не безгласная особь кем-то пасомого стада. Пусть те объективные нормы, на которых покоятся субъективные права отдельной личности, могут быть изменены или даже отменены государством, но пока этого нет, личность имеет определенное прочное положение в жизни целого социального организма, положение, пользуясь которым, она может развивать свои силы для удовлетворения своих интересов, в пределах которого она может жить для себя. С этой точки зрения, уже само возникновение идеи субъективных прав представляет момент огромной принципиальной важности в истории человеческих обществ.

С ростом человеческой личности, с развитием индивидуального самосознания сфера субъективных прав растет, а вместе с тем раздвигаются пределы гражданского права, и все оно приобретает более и более индивидуалистический характер: интересы личности стоят в центре его внимания. В то же время эта индивидуалистическая тенденция перебрасывается в смежные области публичного права: здесь также начинают говорить о «субъективных публичных правах», здесь также личность желает иметь свое определенное и прочное место, желает жить на своем праве, а не на милости или немилости государства. Но этого мало: в известных областях она идет еще далее и заявляет претензию на полную независимость от государственной регламентации: если юридическое положение человека вообще может быть изменено новым законом, то есть такие «неотъемлемые права человека», которые никаким законом уничтожены быть не могут, которые даже для государства в целом недосягаемы. Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола в л а с т е й , то идея «неотъемлемых прав» направляется против г о с у д а р с т в а к а к т а к о в о г о . Самоутверждение личности достигает здесь в юридическом отношении своего кульминационного пункта. Некогда безгласная овца в человеческом стаде, она заявляет теперь претен-

зию на роль равноправной с государством державы с правом суверенитета на некоторой собственной территории.

И государство постепенно капитулирует. Оно уступает свободу религиозного исповедания, свободу мысли – словом, свободу внутреннего, нравственного бытия человеческой личности. Но эта уступка неизбежно должна влечь за собой другие, и в области нашего гражданского права мы видим целый ряд явлений, знаменующих собой дальнейший рост признания человеческой личности именно там, где так или иначе затрагиваются ее духовные, нравственные интересы. Ставится на новую почву охрана «прав личности», получает признание «право на индивидуальность», право на защиту конкретных особенностей человеческой личности, усиливается охрана нематериальных интересов и т. д. В особенности горячую борьбу ведет личность за свою неприкосновенность в сфере брачных отношений, где она протестует против всякой принудительности со стороны государства. Пусть борьба эта не привела еще к окончательным результатам, но многие позиции уже взяты, и дальнейшее будущее предвидеть нетрудно.

Таким образом, как видим, индивидуалистическая тенденция не только не замирает, но, напротив, есть области, где она неудержимо растет. И в этом отношении новое время продолжает работу времен прошедших.

Однако работа эта нелегка. Если всегда она встречала оппозицию со стороны противоположных течений, то в настоящий момент эта оппозиция как-будто особенно усилилась. Жалобы на разъедающее значение индивидуализма стали стереотипным общим местом, причем его вредное влияние усматривают не только в сфере социальных отношений, но и в ослаблении роли религии, даже в ухудшении биологических качеств человека.

Характерны в этом смысле следующие «евгенические» рассуждения одного из новейших исследователей вопроса об отношении между индивидом и государством, Chatterton-Hill'a[1]. В настоящее время, говорит он, царит общее убеждение, что индивид является целью общественной гигиены, что задачей этой последней должно быть создание возможно лучших условий для сохранения жизни каждого человека, для защиты его от естественных последствий его физических дефектов. Другими словами: жизнь как таковая считается абсолютным благом, и каждый человек имеет прирожденное право на нее. На этой индивидуалистической точке зрения стоял XIX век, который вообще не мог подняться выше индивида. Философия этого века не могла понять, что подобный взгляд на индивидуальные права и на значение индивида подвергает серьезной опасности коллективные интересы человеческого рода. Исходя из этого представления, систематически создавали обратный

[1] Individuum und Staat. 1913. Vorwort.

отбор: объявив поход против смертности, добились, действительно, значительного понижения процента смертных случаев и радовались этому как некоторому огромному прогрессу человеческой цивилизации. Но этот результат имеет свою оборотную сторону: уменьшение смертности способствует увеличению болезненности, и это понятно: чем больше будут сохраняться для жизни слабые и дегенераты, чем больше они будут принимать участие в воспроизведении, тем слабее и физически болезненнее будет делаться раса. Индивид сохраняется, таким образом, за счет расы. Считая, что отдельная человеческая личность есть мера всех вещей, мы приносим ей в жертву интересы целого, интересы народа, и последствия такого ложного гуманитаризма неизбежны. Чтобы избежать их, мы должны твердо помнить, что права всякого индивида ограничены интересами общества и что самостоятельного права на существование он не имеет: его право на существование зависит всегда от его социальной полезности («seine Existenzberechtigung hängt stäts von seiner sozialen Nützlichkeit ab»).

Усвоив этот принцип, логически естественно распространить его и за пределы «биологии». И действительно, наш автор порицает далее XIX век за то, что этот век, не признававший права общества на «элиминирование» больных и дегенератов, не желал допустить также «социального принуждения в области нравственности» («die Legitimität eines sozialen Zwanges in Gebiete des Sittlichen»), что он восстал «как против догматики, так и против дисциплины церкви»...

Одно с другим тесно связано, и, допустив «элиминирование» больных физически, легко дойти до идеи «элиминирования» всех иначе мыслящих: духовное здоровье народа не менее важно в интересах целого, чем здоровье физическое. Именно на этом основании долгое время «элиминировали» «социально-вредных» людей костры инквизиции...

Мы видели, что эта идея «социальной полезности» сказывается и в области гражданского права в целом ряде отдельных учений: идея «социальной функции» есть не что иное, как лишь alter ego «социальной полезности», и мы знаем, что она также всегда сопряжена с требованием такого или иного «элиминирования». В одном месте «элиминируется» личность супругов в интересах «социальной полезности» брака, в другом месте «элиминируется» честь индивида в интересах безответственности органов власти или членов парламента и т. д. От биологической «евгеники» – небольшой переход до юридической «ставки на сильных», до признания беспрепятственной эксплуатации со стороны всякого охочего и «сильного» человека индивидуальной слабости или странности. Одно с другим тесно связывается, и раз став на

ту точку зрения, что индивид не цель, а только средство в интересах целого, мы утрачиваем всякие принципиальные сдержки и можем докатиться до дна.

К счастью, мы видели, что нравственный инстинкт человечества ведет его по правильному пути: чем далее, тем более нравственная личность индивида приобретает уважение и охрану, и внешнее принуждение государства отходит назад[1]. Идея «прирожденных» и «неотъемлемых» прав дает свои ростки и в области гражданского права.

Иная тенденция наблюдается в сфере э к о н о м и ч е с к и х о т н о ш е н и й : здесь, как мы видели, регламентирующая деятельность государства растет. Но значит ли это, что в этой области торжествует указанное представление о человеке, как о средстве для целей общества? Мы думаем, что такой вывод был бы абсолютно неправилен.

Принципы частной собственности, свободы договоров и завещаний были в прошлом несомненным фактором для развития личности, а вместе с тем и для культурного и экономического прогресса всего общества. Без них немыслимы были бы то колоссальное развитие хозяйственной энергии и предприимчивости, тот блестящий расцвет производительной и транспортной техники, та мобилизация всего народного капитала, которые доставили нам столько решительных побед над природой. В этом огромная историческая заслуга указанных принципов, но чем далее идет их напряжение, тем более обнаруживаются и их оборотные, теневые стороны. Частно-правовая организация хозяйства извращается в капитализм, а этот последний сам собой заходит в тупик.

Мы не будем говорить об экономической стороне этого «захождения в тупик». Всем известно, как развивающаяся конкуренция приводит ко все большей и большей концентрации предприятий, к сосредоточению их в руках немногих хозяйствующих центров и к дальнейшему сплочению их в еще меньшее количество чуть не всемирных синдикатов и трестов с почти полной монополией в соответствующей области. Принцип хозяйственной децентрализации в процессе своего естественного развития почти в полной мере осуществляет знаменитый гегелевский диалектический закон и превращается чуть ли не в свою совершенную противоположность – в систему строжайшей централизации.

Не менее известно и то, как на другой стороне – на стороне рабочих – принцип договорной свободы фактически все более и более утрачивает свое

---

[1] Правильно говорит по поводу всяческих «евгенических» крайностей P. T o u r t o u l o n (Les principes philosophiques de l'histoire du droit. T. I. 1908, p. 164): «Nous avons tous i n t é r ê t á ce que le niveau humain s'élève; mais nous n'y avons aucun d r o i t». – [«Все мы з а и н т е р е с о в а н ы в том, чтобы нравственный уровень личности повышался, однако мы н е в п р а в е этого требовать» – фр.]

значение. В этом смысле влияют не только экономические «железные законы» заработной платы и т. п., но и возрастающие в своем значении рабочие союзы и так называемые тарифные договоры. Чем далее, тем труднее рабочему стоять вне профессиональных организаций и находить поле для своей деятельности в области, еще не охваченной тарифными соглашениями. Чем далее, тем более он оказывается связанным союзной дисциплиной и коллективным договором – принцип договорной свободы и здесь превращается в свою полную противоположность.

Все это слишком известно, чтобы нам стоило останавливаться. Но капитализм заходит в тупик и во внутреннем, моральном отношении.

Покоясь на частной предприимчивости и энергии, нынешний хозяйственный строй, как нам уже приходилось говорить, в высокой степени способствует развитию этих качеств в человеке. Но за известными пределами и здесь наступает гипертрофия. Человек чем далее, тем более попадает в зависимость от созданного им «дела», превращается в «мономана работы для работы», в невольника своего «предприятия». Капиталистическая хозяйственная машина усложнилась настолько, что человек поневоле попадает в положение одной из ее составных частей и обязан лихорадочно крутиться в ней без перерыва, так как малейшая остановка машины может повести к ее всеобщему крушению и к полной гибели хозяина под ее обломками. Человек стал служебным средством капиталистического «производственного процесса» и в значительной степени утратил свою человеческую свободу. Это явление чем далее, тем более становится заметным.

«Везде лихорадочно работают.., – говорит, например, Berolzheimer в своей недавней книге «Moral und Gesellschaft des XX Jahrhunderts» (1914). – Все поставлено на заработок; везде говорят только о «деле» и о «делах»; работа рассматривается как ценность – сначала в виде средства для достижения результата, а затем и независимо от него, как нечто само по себе и абсолютно ценное»[1]. «Если когда-нибудь, – прибавляет Arthur Salz, – наше время станет мифическим, то, подобно тому, как рассказывают теперь о погоне за золотом или о наклонности к бродяжничеству старых времен, так будут рассказывать о нашем нынешнем рабстве у хозяйства, о нашей одержимости духом diabolus oeconomicus, о нашем культе работы»[2].

Но, быть может, самую яркую характеристику современного капитализма с этой стороны мы находим у W. Sombart'a в его книге «Der

[1] Стр. 246–247.

[2] Zur Geschichte der Berufsidee в Archiv für Socialwissenschaft und Socialpolitik. Bd. 37 (1913), стр. 420.

Bourgeois» (1913). «Если мы спросим, – говорит он, – современного капиталиста относительно его идеалов, относительно тех жизненных ценностей, на которые ориентируется вся его деятельность, то мы натолкнемся на факт поразительного перемещения этих ценностей. Живой человек со всеми своими радостями и горестями, потребностями и интересами вытеснен из центра кругозора, а его место заняли два отвлеченные представления: приобретение и предприятие («der Erwerb und das Geschäft»). Человек, таким образом, перестал быть тем, чем он был раньше, – мерой всех вещей. Стремление современного хозяйственного субъекта направляется на возможно большее приобретение и на возможно большее процветание «дела»... При этом даже выгода, барыш не всегда составляют интерес предпринимателя; то, что важнее всего для него, – это само «дело» как таковое. Предприятие стоит по отношению к нему как некоторое живое существо, которое в своем счетоводстве, организации и фирме ведет свое особое, независимое хозяйственное существование. Но это существование имеет свои законы. Для его процветания и развития нет никаких естественных пределов, хотя бы вроде того «соответственного состоянию» содержания, которое было целью хозяйственной деятельности в более раннее время. Нет такого пункта в развитии «дела», когда бы можно было сказать «довольно». С другой стороны, сплошь и рядом самое существование предприятия требует его расширения; ему предстоит дилемма: или развиваться и расширяться, или пойти назад и погибнуть. Везде мы наталкиваемся на некоторый особый вид психического принуждения: часто предприниматель не желал бы идти вперед, но он должен. «Мы все надеемся, – говорил известный Карнеги, – что нам не придется расширяться далее, но каждый раз мы вынуждены это делать, так как отказ от расширения обозначал бы движение назад». У большинства предпринимателей эта зависимость и подневольность даже не доходит до их сознания. Если спросить их, к чему, собственно, это постоянное стремление к развитию «дела», они посмотрят на вас с изумлением и, конечно, ответят, что это понятно само собой, что этого требует процветание хозяйственной жизни, т. е. в конечном счете процветание того же хозяйственного аппарата как такового. В погоне за этим процветанием человек не щадит себя и все приносит ему в жертву, рабочая энергия напрягается до крайности. Все ценности жизни отдаются на жертву Молоху работы; все потребности духа и сердца заглушаются ради одного-единственного интереса – «дела», предприятия. Даже достоинства и добродетели перестали быть свойствами живого человека; они сделались объективными принципами правильного ведения предприятия, составными частями хозяйственного механизма. Современный хозяйственный

человек втянут в ремни своего предприятия и вертится вместе с ним. Для его личной добродетели нет места, так как он находится в подчиненном положении, в принудительной зависимости от этого последнего. Темп предприятия определяет его собственный темп; он так же мало может быть ленивым, как рабочий при неустанно работающей машине...»[1] Вместе с тем все вымирает вокруг него, все ценности жизни гибнут для него: природа, искусство, литература, государство, друзья, – все исчезает для него в загадочном «ничто», так как у него «нет для этого времени». И вот стоит он теперь посреди глубокой пустыни...[2]

Таким образом, не только рабочий, но и сам предприниматель превратился в составную часть производственного механизма; все втянуты в ремни колоссальной капиталистической машины, которая диктует людям свои законы. Человек перестает быть хозяином своих целей, «мерой всех вещей»; взамен его производство приобретает характер чего-то самодовлеющего – производства для производства. И естественно, что капитализм быстрыми шагами идет к своему идейному кризису

Как мы знаем, выход из этого кризиса усматривают в «обобществлении» экономической деятельности, в переходе к системе хозяйственной централизации. Думают, что только таким путем можно будет снова обрести потерянного в производстве человека, вернуть ему его естественное качество «мерила всех вещей». И действительно, многое в современной экономической области идет в этом направлении. Меняет свой характер собственность на недвижимости, подвергаются государственной регламентации отношения между предпринимателями и рабочими, некоторые отрасли переходят прямо в руки государства и т. д. Дойдет ли, однако, замечающаяся ныне эволюция до полной «социализации», сказать трудно. Мы говорили выше о том, что вопрос о централизованной хозяйственной системе есть не только вопрос экономики, – с ним связан огромный вопрос о взаимоотношении между личностью и государством, вопрос, который, как мы видели, является в значительной степени вопросом общественной психологии. Чем меньше будет почвы для опасений, с точки зрения подлинных неотъемлемых прав человеческой личности, тем слабее будет сопротивление против перехода к новой системе, и наоборот: чем настойчивее будет проводиться мысль о человеке как простом средстве для интересов целого, тем это сопротивление будет сильнее. И, конечно, с полным основанием: подобная «этическая максима» уничтожает самую цель проповедуемой реформы, убивает надежду при ее посредстве освободить закабаленного в производстве человека, вернуть его к самому себе.

---

[1] Der Bourgeois. Cap.XIII. «Der moderne Witschaftsmensch», стр. 212–239.
[2] L. cit., стр. 454–455.

Во всяком случае очевидно, что «обобществление» и централизация – дело не сегодняшнего или завтрашнего дня. Между тем уже в настоящий момент перед нами стоят задачи, которые не терпят отлагательства, которые должны быть разрешены сейчас. И эти задачи дают свой рефлекс в области гражданского права, вселяя в него тот дух тревожных исканий, который мы имели возможность наблюдать выше на ряде выдвинутых новым временем проблем.

Мы видели, в особенности, какое большое место занимает среди этих проблем вопрос о защите «экономически слабых» от эксплуатации их на почве принципа договорной свободы. Мы знаем, что заботы гражданского права в этом направлении вылились в статьи, запрещающие всякие сделки с «очевидным» и «чрезмерным» нарушением эквивалентности обмениваемых благ. Мы говорили тогда же о полной иллюзорности подобных статей, с точки зрения действительной помощи «экономически слабым». Но проблема «экономически слабых» все же остается, и общая сущность этой проблемы заключается в том, что в нынешней организации общества целые массы его членов живут под постоянной угрозой нищеты и голодной смерти. Ибо только эта угроза заставляет их соглашаться на всякие самые невыгодные условия, создает необходимую почву для процветания «ростовщичества» во всех его видах.

Мы видели далее, какую огромную роль играет тот же мотив в трактовании вопроса о гражданско-правовой ответственности за деликты. Мы знаем, что самым веским и жизненным аргументом в устах сторонников так называемой теории причинения, даже истинным мотивом для ее появления служит соображение о том, что в результате случайного правонарушения могут остаться нищие или сироты, обреченные голодной смерти. С этим, говорят, нельзя примириться, и потому необходимо установление ответственности даже за случайный вред, хотя, конечно, лишь в зависимости от сравнительного имущественного положения сторон. Мы указывали на логическую и практическую несостоятельность этой теории, но проблема и здесь остается проблемой: перед нами лица, которым грозит голодная смерть, и с этим действительно примириться нельзя.

И там, и здесь один и тот же вопрос, вопрос о возможности голодной смерти людей среди нас, и чем далее, тем более этот вопрос будет вставать перед нами во всей этической грозности. Перед его лицом весь организм нашего права охватывается трепетом тревоги, и все основные принципы начинают шататься.

Пришло в тревогу и наше гражданское право, и, как мы знаем, под влиянием этой тревоги оно хватается за расширение статей о ростовщичестве или за мысль об установлении ответственности по принципу «конкретной

справедливости», т. е., по существу, возлагает все разрешение этой огромной проблемы на «справедливое» судейское усмотрение. Но очевидно, что такое разрешение проблемы совершенно не соответствует ее огромности, что по сравнению с этой последней принимаемые меры даже в случае их удачности являются лишь мизерным паллиативом.

С одной стороны, само это судейское усмотрение носит в себе неизбежный элемент случайности и произвольности, а с другой стороны, проблема все же не разрешается. Пусть в том случае, когда человек, живущий своим трудом, окажется потерпевшим от богатого, он получит вознаграждение и будет спасен от голодной смерти; но как быть тогда, если этого нет, если случайный виновник сам беден? Как быть тогда, если человек утратил свою работоспособность от упавшего дерева, от болезни или тому подобных случайных событий, к ответственности за которые никто даже по таким внешним признакам привлечен быть не может? Можем ли мы со спокойной совестью пройти теперь мимо, предоставив пострадавшего его собственной судьбе, его неизбежной обреченности голодной смерти?

Проблема – та, которую пытается разрешить указанными способами наше гражданское право, – является, очевидно, не его специальной проблемой, а некоторой общей задачей всего нашего правового строя, и потому должна быть разрешена не такими или иными гражданско-правовыми паллиативами, а известными общими и принципиальными средствами. Не о случайной и сомнительной помощи «справедливого» судейского усмотрения или «конкретной справедливости» приходится думать, а о некотором новом и общем принципе всего нашего правопорядка.

И этот принцип уже намечается жизнью[1].

Мы говорили выше о том, что среди аргументов в пользу так называемого принципа причинения и ответственности за случайный вред значительную роль играет идея разложения этого вреда, т. е., иными словами, идея страхования. Мы указывали на то, что для обоснования ответственности случайного виновника этот аргумент несостоятелен, но в самой идее разложения вреда, или страхования, заключается, по нашему мнению, нечто глубоко правильное, способное вывести нас из тупика современных затруднений. Надо только освободить эту идею от того узкого и неверного приложения, которое ей дается, и развернуть ее во всю ширь ее потенциального содержания.

---

[1] См. Покровский. Право на существование – в журнале «Свобода и Культура». 1906 г., кн. 4 или в отд. издании: Новгородцев и Покровский О праве на существование.

Совершенно справедливо, что случайный вред, который может окончательно погубить одного, станет нечувствительным, если будет разложен на возможно большее количество лиц. Спрашивается только, на кого именно справедливо разложить этот вред, кто именно может быть привлечен к его совместному несению?

Есть виды несчастий, которые могут постигнуть только лиц, находящихся в известных специальных положениях: несчастье на море может постигнуть только лиц, путешествующих по морю или перевозящих по нему свои товары; пожар может коснуться только лиц, имеющих вещи; градобитие – только сельских хозяев и т. д. И вот, как известно, жизнь чем далее, тем шире развертывает разнообразные специальные виды страхований, причем к страхованию промышленному присоединяется страхование взаимное, а в некоторых случаях даже страхование обязательное. Те экономические и юридические начала, на которых строятся все эти виды страхований, могут быть чрезвычайно различны, но общая сущность всех их заключается не в чем ином, как в таком или ином осуществлении нашей идеи разложения вреда на группу лиц, одинаково в известном отношении заинтересованных. Платя известные периодические взносы на покрытие общих расходов, эти лица, каждое в отдельности, приобретают себе гарантию от личных экономических последствий соответствующего несчастья.

Но рядом с этими специальными видами несчастий в нашем нынешнем децентрализованном строе есть общее несчастье, которое может постигнуть каждого из нас: это именно нищета и возможность голодной смерти. Для одних элементов общества оно более возможно, для других менее, но нет таких лиц, которые были бы вовсе от него гарантированы. А между тем потребность в известной гарантии и в этом отношении существует, и на этой почве, как известно, все шире развиваются разнообразные виды страхования личного.

Частная инициатива в этом направлении оказывает влияние на государство, которое вводит обязательное страхование рабочих на случай болезни, старости или инвалидности и берет на себя известную долю вызываемых этим расходов. К этому присоединяется далее страхование на случай безработицы, и, наконец, в самых передовых государствах (Австралия, Англия) устанавливается даже выдача пенсий престарелым[1].

И не подлежит никакому сомнению, что, идя в этом направлении, расширяя применение обязательного страхования и привлекая к несению необ-

[1] См. об этом очерк М. В. Бернацкого «Эволюция экономических отношений», стр. 462–465 (в изд. «Итоги науки»).

ходимых расходов все общество, государство стоит на единственно правильном и единственно принципиальном пути.

Юридическая возможность нищеты и голодной смерти в нашем нынешнем строе составляет вопиющее не только этическое, но и экономическое противоречие. Хозяйственная жизнь всех отдельных единиц при нынешней всеобщей сцепленности условий находится в теснейшей зависимости от правильного функционирования всего общественного организма. Каждый живет и дышит только благодаря наличности известной общественной атмосферы, вне которой никакое существование, никакое богатство немыслимы. Бесчисленное количество поколений создавало эту атмосферу; все нынешнее общество в целом поддерживает и развивает ее, и нет возможности выделить и определить ту долю в этой общей работе, которая совершается каждой отдельной единицей. Пусть доли этих единиц неравны, но доли эти есть и они обязывают все общество к тому, чтобы признать по крайней мере право каждого человека на обеспечение известного минимума необходимых средств на тот случай, если он сам по каким бы то ни было причинам окажется не в состоянии себя содержать. Другими словами, за каждым должно быть признано то, что называется п р а в о м н а с у щ е с т в о в а н и е[1].

Мы знаем, что в прежнее время забота о выброшенных за борт экономической жизни лицах лежала на тех или других более тесных союзах – роде, общине, цехе и т. д. Но мы знаем также, что ныне все эти союзы оттеснены, а то и вовсе уничтожены государством; это последнее заняло по отношению к индивиду их прежнее властное место; оно претендует на многие, прежде им принадлежавшие права (например, право наследования); естественно поэтому, что оно должно взять на себя и лежавшие прежде на них обязанности. Только при таком условии вступление на место прежних союзов государства будет подлинным прогрессом, подлинным р а с ш и р е н и е м о б щ е с т в е н н о й с о л и д а р н о с т и.

И действительно, как известно, призрение бедных, сирот и т. д. считается одной из государственных забот. Но все это нынешнее призрение построено на и д е е м и л о с т и и потому не может не быть недостаточным и унизительным для тех, на кого оно распространяется. Между тем дело идет не о милости, а о д о л г е о б щ е с т в а перед своими сочленами: каждый отдельный индивид должен получить п р а в о на свое существование[2].

---

[1] И нет никакой необходимости прибегать для этого к фикции общественного «quasi-контракта», как это делают французские «с о л и д а р и с т ы». Эта фикция ничему не помогает, а вследствие своей туманности может даже оказаться вредной.

[2] В нашу задачу не входило и не входит давать ближайшую юридическую квалификацию этого права на существование. Ввиду этого лишена всякого основания догадка Б. А. К и с т я к о в с к о г о («Социальные науки и право», стр. 585–586), будто «нежелание И. А. Покровского

Как организовать практическое осуществление этого права на существование – этот вопрос выходит за пределы нашего гражданского права; но только в нем, в этом праве на существование, мы найдем необходимое принципиальное и всеобщее разрешение тех проблем, которые ныне давят на нас и вынуждают нас прибегать к различным, по существу непригодным средствам. Тогда сам собой отпадет вопрос о тех случаях, когда в результате невиновного вреда окажутся лица, утратившие работоспособность, или беспомощные сироты: несчастье будет по крайней мере в своем наиболее остром виде (нищеты) устранено, вред будет разложен, но не на случайного виновника только, а на все общество в целом, т. е. на всех пропорционально их общей имущественной состоятельности. «Конкретная справедливость» станет ненужной, ибо она будет заменена более правильной «общей» справедливостью – подлинной солидарностью общества перед лицом случайных несчастий.

Вместе с тем признание права на существование окажет, без сомнения, огромное влияние и на всю область экономических отношений: положение «экономически слабых» станет прочнее и сделает их более устойчивыми в борьбе за цену предлагаемого ими труда и за лучшие условия жизни. Защи-

---

признать право на существование публичным субъективным правом вытекает из всей совокупности его юридического мировоззрения». Напротив, я совершенно так же, как и г. Кистяковский, склонен признать отстаиваемое право на существование именно субъективным публичным правом; но я не считал и не считаю себя вправе вдаваться в «Основных проблемах г р а ж д а н с к о г о права» в юридические проблемы права п у б л и ч н о г о Тем более, что самый вопрос о субъективных публичных правах в этой последней области является вопросом сравнительно недавним и не единодушно разрешаемым. Правда, г. Кистяковский порицательно подчеркивает употребленное мною выражение: «здесь также н а ч и н а ю т говорить о субъективных публичных правах» и указывает на то, что исследование Гербера на эту тему появилось более 60 лет назад, а со времени работы Еллинека скоро исполнится четверть столетия. Но, во-первых, даже 60 лет со времени Гербера – только «сегодня» по сравнению с субъективными правами гражданского права, о которых мы, цивилисты, говорим уже около двух тысяч лет (со времен римских юристов). А во-вторых, как явствует даже из собственного реферата г.Кистяковского (стр. 500 и сл.), Гербер, поставив вопрос о субъективных публичных правах, пришел к конструированию их как простого рефлекса объективной нормы, т. е. к тому, что мы, цивилисты, считаем полным отрицанием субъективного права. Только Еллинек действительно поставил вопрос иначе, но и его исследование не сделало вопрос среди публицистов бесспорным (см. у самого г. Кистяковского, стр. 530). Ввиду этого нам и казалось целесообразным, со своей стороны, говорить только о праве на существование п р о с т о , не употребляя таких выражений, которые могли бы вызвать несогласие известной части публицистов. В полной мере неоснователен поэтому и делаемый мне г.Кистяковским упрек в «чрезмерно высокой оценке частно-правового индивидуализма и в невнимании к индивидуализму публично-правовому»; упрек этот опровергается всем содержанием IV главы моей книги, где борьба за гражданские «права личности» выставляется определенно лишь продолжением борьбы за свободу веры, мысли и т. д., за «большие и кульминационные интересы человеческого духа».

щенные от опасности голодной смерти, они не так легко пойдут в сети всевозможной хозяйственной эксплуатации.

Конечно, осуществление права на существование представляет громадные трудности, но иного пути нет: растущая этическая невозможность мириться с тем, что рядом с нами наши собратья гибнут от голода, не будет давать нам покоя до тех пор, пока мы не признаем нашей общей солидарности и не возьмем на себя соответственной реальной обязанности.

Конечно, признание права на существование не создаст идеального порядка и не разрешит всех социальных вопросов: «Existenzminimum» не идеал человеческого благополучия и не верх социальных стремлений. Но это – первый серьезный шаг к поднятию общества на уровень современных этических требований. Осуществим ли этот шаг при сохранении частно-правовой организации народного хозяйства или нет, это покажет будущее; во всяком случае только признание права на существование может еще дать нравственную поддержку для сохранения этой организации.

И мы видели, что к этому дело идет: растет чувство государственной ответственности, растет чувство общественной солидарности. И только в этом направлении может развиваться подлинная «солидаризация» в области экономических отношений; перед лицом ее вся та ложная «солидаризация», примеры которой мы видели выше и которая не идет дальше конкретной судейской справедливости, не может не представляться «покушением с негодными средствами», социальным туманом.

При осуществлении же подлинной солидарности человек возвращается, действительно, на присущее ему место – «меры всех вещей». Человеческая личность возвышается: не общество превращает ее в средство, а напротив, само общество в целом становится хранителем и гарантом ее существования.

Печатается по: Проф. И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. – Пг., Издание Юридического книжного склада «Право», 1917.

М. В. Зимелева*

Речь памяти Иосифа Алексеевича Покровского, читанная на собрании Общества оставленных при факультете общественных наук Московского государственного университета в мае 1920 года

Каждая смерть вызывает чувство личной утраты, известной образовавшейся пустоты! Но смерть выдающегося человека создает впечатление, будто он унес в могилу частицу своей эпохи. В отношении Иосифа Алексеевича это впечатление усиливается трагической обстановкой его смерти – тем, что она совпала с победой в общественной жизни настроений, глубоко противоположных мировоззрению Иосифа Алексеевича. В момент торжества силы ушел служитель права. И если мы даже не будем предаваться унынию, если будем верить в торжество правовой идеи, то все-таки надо признать, что закончился определенный цикл развития правовой науки.

Эпоха между Великой Французской революцией и Европейской войной 1914-го года, между двумя кризисами жизни культурного мира ознаменовалась, с одной стороны, глубокой кабинетной работой по изучению права, а с другой – повсеместной кодификацией. Западная наука за последнее столетие дала небывалое количество ученых специалистов, монографически работавших каждый в отдельной области права. Мы, для которых бедность научных сил делала специализацию малодоступной роскошью, не можем похвастаться обилием научных имен, посвятивших себя исключительно разработке определенного цикла правовых вопросов и достигших в своей области результатов, обогащающих не только на отечественную, и всю европейскую науку права.

Иосиф Алексеевич был одним из этих немногих избранных. В продолжение всей своей двадцатипятилетней ученой деятельности он никогда не

---

* Мария Владимировна Зимелева – одна из круга учеников И. А. Покровского, ученый-цивилист советского периода нашей истории. Ее перу, помимо других трудов, принадлежат две интереснейшие монографические работы – «Поклажа в товарных складах» (М., Финиздат, 1927, 84 с.) и «Общая собственность в советском гражданском праве» (Ученые записки Всесоюзн. Ин-та юрид. наук. Вып. 2. 1941. С. 3–90). Только ранняя смерть (1946) помешала ей занять ведущие места в отечественной цивилистике. Товарищи М. В. Зимелевой по Всесоюзному институту юридических наук, с которым связана почти вся ее научная жизнь, всегда отзывались о ней как о глубоко образованном талантливом ученом и превосходном человеке. – *А. М.*

уклонялся от своей темы – вопросов общей теории гражданского права. Метод свой – переход от тщательно собранного исторического и литературного материала к его смелой обработке и перестройке – он сохранял во всех своих исследованиях. Выработал он его еще в ученические годы. Он был учеником киевского профессора римского права Казанцева, посредственного ученого, но прекрасного руководителя, под чьим наставничеством наряду с Покровским начали свою ученую карьеру Петражицкий, Митюков и многие другие, и от Казанцева они вынесли убеждение, что знание права достигается не только упорной работой, но и смелым полетом ищущей мысли. Впоследствии это неуклонное доведение всякой идеи до ее логического конца позволило ему [Покровскому] занять столь определенные позиции в спорных вопросах гражданского права.

Для широты проблем и глубины их разработки, свойственной работам Иосифа Алексеевича, характерна его ученая диссертация – первая его работа, создавшая ему известность за границей.

Основной вопрос истории римского права – дуализм его, параллелизм цивильной и преторской систем – явился темой и для магистерской, и для докторской диссертаций Иосифа Алексеевича.

В первой из них («Право и факт в римском праве», ч. 1, 1898)[1] он исследовал разницу между двумя видами исков, известных римскому развитому формулярному процессу – actiones in jus et in conceptae. Разницу эту прежде считали формальной и несущественной для истории развития римского права. Видели ее исключительно в редакции преторской формулы – если судье указывалось принять во внимание известные фактические обстоятельства, то имелась formula in factum concepta, если право истца – то formula in jus concepta. Иосиф Алексеевич путем тщательного разбора всех примеров actiones in factum, даваемых нам источниками, пришел к убеждению, что к ним должна быть причислена имеющаяся формула с перестановкой субъектов и formula ficticia, хотя в них претор и ссылается на известные правовые обстоятельства. Отбросив редакционный критерий как неправильный, Иосиф Алексеевич установил материальное различие между данными видами исков, заключающееся в том, что в actiones in jus истец опирался на свое цивильное право, а в actiones in factum – на известные фактические обстоятельства. В последнем случае судебная защита давалась не из правовых соображений. Таким образом, деление исков на in jus и in factum conceptae совпадает с их делением на цивильные и преторские. Указанное учение было изложено Иосифом Алексеевичем, помимо диссертации, и в двух статьях, помещенных в

[1] См. № 5 в библиографии И.А. Покровского, помещенной в настоящем издании. – *А. М.*

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (1895 и 1899)[1], вызвавших в немецкой литературе оживленную полемику, в которой эта теория называется революционной.

От внешнего искового дуализма Иосиф Алексеевич перешел в своей докторской работе «Право и факт, ч. II: Генезис преторского права» (1898)[2] к вопросу о происхождении двух правовых систем в Риме. Опираясь на результаты первой части своего труда, он дал совершенно оригинальное объяснение творчества претора. Отвергнув распространенное учение, будто необходимость руководить судебным процессом заставила претора видоизменять существовавшие юридические отношения квиритского права, он выдвинул теорию об административной деятельности претора как об источнике правовых реформ. Исторически полномочия претора сложились из двух элементов, характеризующих права полновластного римского магистрата, – из гражданской imperium и из судебной jurisdictio. Первая послужила причиной преторского правотворчества. В порядке полицейских мероприятий претор должен был создавать для охраны гражданского мира те или иные правоотношения. Первоначальным этапом такой деятельности (еще до введения формулярного процесса) были интердикты, направленные на охрану публичного достояния loca sacra et religiosa, и лишь впоследствии интердиктная защита распространилась и на частные интересы. Понятие общественного непорядка расширялось постепенно на все области гражданской жизни, и творческая работа претора расширялась вместе с ним. Для регулировки новых отношений претор не мог обращаться к обычному праву – в нем они еще не существовали, а он имел налицо лишь определенные факты, стоявшие вне правовой жизни. Облечение таких фактов в формулы, создание actiones in factum conceptae – одно это делало их причастными праву. В то время как в цивильном праве иск является производным от права, преторское право порождается иском как основным фактором.

Иосиф Алексеевич в своем учении о развитии римской правовой системы затронул два вопроса, приобретших актуальное значение в новейшее время.

Первый из них – это вопрос об основных мотивах преторского правотворчества. Взамен выдвигавшегося до него понятия справедливости, aequitas, как верховной цели, к которой должно стремиться право, он вывел идеал гражданского мира, общественного порядка, одушевлявший претора. Этим самым Иосиф Алексеевич впервые определил свое отношение к правовому идеалу.

---

[1] Первая из этих статей значится под № 2 в библиографии И. А. Покровского. Вторая статья пока не найдена. – *А. М.*

[2] См. № 14 в библиографии И. А. Покровского. – *А. М.*

Вторым вопросом, определившим позицию Иосифа Алексеевича в отношении к одному из наиболее распространенных учений современной юриспруденции, явился вопрос о судебной функции претора как причине изменений гражданского права. Отрицая влияние процессуальных соображений на правотворчество претора, Иосиф Алексеевич значительно поколебал почву под ногами представителей школы свободного права и судейского правотворчества, опиравшихся на пример Рима как на главное доказательство плодотворности своей теории.

К вопросам римского права Иосиф Алексеевич, несмотря на то, что его профессорская деятельность в Киеве, а с 1903 года и в Петербурге была направлена как раз на чтение римского права, возвращался печатно, насколько мне известно, лишь дважды.

В 1904 году в сборнике, посвященном Владимирскому-Буданову, он напечатал статью «Частная защита общественных интересов в древнем Риме»[1], а в 1913-м – издал свой известный курс истории римского права[2], по сжатости и ясности изложения могущий быть поставленным рядом с лучшими западными учебниками. Отличительной чертой этого курса является то, что он действительно дает генетическую картину развития римского права, а не институционный очерк его. Через 18 лет после выхода в свет первой части диссертации «Право и факт» этот учебник явился воплощением тех взглядов на изучение римского права, какие он изложил в своей диссертации. Всякое право подобно живому организму, постоянно меняющемуся и обновляющемуся, говорил Иосиф Алексеевич, наши источники дают нам его в определенном застывшем разрезе, являются моментальной фотографией, пользуясь которой исследователь должен восстановить юридический дух эпохи, идеи и цели, ее вдохновлявшие.

То обстоятельство, что Иосиф Алексеевич в дальнейших работах перешел от римского права к современному, не является показателем того, что он менял свою специальность, что новые интересы отвлекли его от начатого им пути. По убеждению Иосифа Алексеевича, римское право не является замкнутой областью – оно сливается со всем гражданским правом. Будучи убежденным сторонником универсализма в гражданском праве, он говорил, что ценности, найденные одним народом, хороши лишь постольку, поскольку они обогащают все человечество. В римском праве он ценил начало универсальности и проникающий его дух индивидуализма, уважения к личности. Идея самоценной человеческой личности была положена Иосифом Алексеевичем в основу всего его учения о задачах гражданского права.

---

[1] См. № 18 в библиографии И. А. Покровского. – *А. М.*

[2] См. там же, № 31. – *А. М.*

Если переход от римского к общегражданскому праву не является неожиданным для Иосифа Алексеевича, то в такой же степени для лиц, знакомых с его юридическим мировоззрением, не является противоречивым то, что он наряду с историей права отдавал все больше и больше внимания вопросам политики права. Такое раздвоение объяснимо его воззрением на природу права. Право есть некоторая социально-психологическая сила, регулирующая поведение людей, и мысль исследователя всегда в первую очередь обращается к познанию права действующего, но право есть сила, стремящаяся к определенной цели, поэтому всякая норма права, по словам Иосифа Алексеевича, должна быть рассматриваема не только с точки зрения «данности», но и «долженствования». Отсюда – двоякий путь рассмотрения права. Вторая точка зрения, переносящая право в область культурных ценностей, нашла свое отражение в многочисленных статьях Иосифа Алексеевича, посвященных критике проекта нашего Гражданского уложения. К таким работам относятся:

1) Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения (К. 1900),

2) Владение в русском проекте Гражданского уложения (Ж.М.Ю. 1902),

3) Юридические сделки в проекте Гражданского уложения,

4) Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права,

5) Проблема расточительства[1],

и, наконец, все статьи, посвященные вопросу о свободном судейском правотворчестве.

Во всех этих работах критика действующего и вводимого проектом права ведется не узко догматически, а на основе исследования исторической судьбы разбираемых институтов и соответствия их требованиям гражданско-правового идеала. Идеал этот, наиболее ярко обрисованный Иосифом Алексеевичем, сводится к гармонии свободных личностей с социальной солидарностью. История гражданского права есть, по мнению Иосифа Алексеевича, история освобождения личности от связывающих ее исторических пут общества. Но спор между личностью и обществом может быть разрешен лишь при резком разграничении внутренней духовной жизни человека от отношений внешнего, экономического порядка. Духовная свобода есть высшее достояние человека, абсолютная ценность, экономическая свобода есть ценность относительная, могущая быть уничтоженной, если личность получит от государства признание своей равноценности с обществом. Гражданское право, оставляя в стороне свободу совести и мысли, охраняет многие интересы человеческого духа, и в этой области гражданское право идет по пути индиви-

[1] Работы, названные М. В. Зимелевой под № 1–5, см. соответственно под № 12, 13, 20, 30 и 36 в библиографии И. А. Покровского. – *А. М.*

дуализирования. Идея прирожденных прав*. С другой стороны, в области экономических отношений развитие гражданского права идет по пути солидаризирования.

Помимо вопросов политики права гражданского, Иосиф Алексеевич усиленно разрабатывал один вопрос общей политики права. Этот вопрос, как известно, является вопросом восполнения закона усмотрением судьи – вопросом судейского свободного правотворчества. Еще в 1899 году Иосиф Алексеевич высказал свое отрицательное к нему отношение в статье «Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека» (В. П. 1899)[1]. Затем последовали его работы «Гражданский суд и закон, проблема их взаимоотношения» (В. П. 1905)[2] и ««Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии» (1916)[3]. Идеологическое обоснование новой школы он дал в своей отдельной работе «Естественно-правовые течения в истории гражданского права»[4].

Исходя из права личности требовать от государства определенности правовых границ, Иосиф Алексеевич оспаривает пренебрежительное отношение к закону как к авторитетному носителю права, свойственное сторонникам «свободного права». Волю законодателя нельзя ни заменить, ни восполнить волей судьи, вкладывающего свой смысл в статьи кодексов. Судейский произвол обращает процесс в игру с неопределенным исходом, порождает подкупы и недоверие к юриспруденции. Принцип законности, как гарантирующий личность от неопределенности государственных требований, является непременной черной развивающегося гражданского права. Появление же в наши дни учений школы «свободного права» объясняется тем, что она является вульгаризацией учений естественно-правовых.

Я уже указывала на двойственную природу права по учению Иосифа Алексеевича. Всю историю юридической мысли он рассматривает как попеременное разрабатывание то права сущего, то права должного. В силу этических и философских устремлений человеческого духа позитивное право сменяется естественно-правовыми исканиями, дающими мощный импульс общественной воле, внушающими ей то, что она должна или может. Поскольку право всегда оценивается с точки зрения целевой и определяется общим мировоззрением, постольку идеи естественного права имеют свою силу. Но в

---

* Статья «Право на честь». Право «чудака» на существование. – Фраза «Идея прирожденных прав» вписана М. В. Зимелевой между строк в качестве конспективной заметки, очевидно, с намерением развить ее в докладе. В относящейся к этой фразе сноске имеются в виду работы И. А. Покровского, которые указаны в его библиографии под № 37, 22 и 25. – *А. М.*

[1] Там же, № 11. – *А. М.*

[2] См. там же, № 21. – *А. М.*

[3] См. там же, № 38. – *А. М.*

[4] См. там же, № 26. – *А. М.*

столкновении с правом позитивным естественное право часто принимает характер субсидиарный, и субъективно толкуемая справедливость превращается в судейское усмотрение. Наступает судебная тирания или анархия, вызывающая резкую реакцию и поворот к праву, определенному источниками. Иосиф Алексеевич насчитывал четырехкратную смену естественно-правовых течений позитивно-историческими и наоборот. Он полагал, что надо кончать пору исканий, дать бессмертную душу естественного права праву позитивному. Слить тезу с антитезой – вот задачи правоведения такие, какими Иосиф Алексеевич формулировал их еще в 1909 году.

Всего одиннадцать лет прошло с тех пор. Но двойная катастрофа постигла весь мир и наше отечество. Естественное право, столь оживившееся с конца XX столетия, вновь дало нам примеры своего вульгаризированного воплощения в жизнь. Идея судейского усмотрения в своем осуществлении может вызывать отвращение даже у ее былых сторонников. Снова идет тяга к позитивному, писаному праву. Перед нами лежит старый диалектический путь, и от синтеза, к которому призвал нас Иосиф Алексеевич, мы дальше, чем когда-либо. Но в наших исканиях уверенность в осуществимости нашей цели мы можем видеть в примере Иосифа Алексеевича, объединившего в своих трудах историческое и этическое учение о праве и завершившего собой цикл развития правовой науки.

Печатается по авторской рукописи

Профессор Н. Н. Полянский

ИОСИФ АЛЕКСЕЕВИЧ ПОКРОВСКИЙ

(Личность покойного и его ученые труды)

В ночь с 13 на 14 апреля 1920 г. скончался профессор Московского университета и Института народного хозяйства имени Карла Маркса Иосиф Алексеевич Покровский. Было бы слишком недостаточно сказать, что в лице И. А. сошел в могилу крупнейший представитель русской цивилистической науки: компетентность И. А. выходила далеко за пределы его научной специальности – гражданского права. Наряду со специальными вопросами гражданского права И. А. Покровского интересовали самые общие, самые основные проблемы современной юриспруденции, которым он умел давать и всегда увлекательную постановку, и самостоятельное решение.

И. А. Покровский – прежде всего романист. Он уже на студенческой скамье получил золотую медаль и премию Пирогова за работу о договоре найма по римскому праву, был по окончании университета оставлен для приготовления к профессорскому званию по кафедре римского права, проходил научную подготовку к самостоятельной работе на академическом поприще под руководством корифеев науки римского права Перниса и Дернбурга. Римскому праву посвящена вступительная лекция И. А. «Роль римского права в правовой истории человечества и в современной юриспруденции» (Учен. Зап. Юрьевского Унив. 1894 г.)[1], обе его диссертации «Право и факт в римском праве» (1898 г.)[2] и «Генезис преторского права» (1900 г.)[3] и его известный курс «История римского права» (1-е изд. в 1913 г., 3-е в 1917 г.; это руководство заменило собою студенческое издание «Лекций по истории римского права», 4-е изд., 1911 г.)[4].

Едва приступив к самостоятельной работе в области истории римского права, И. А. Покровский сразу пошел своим собственным путем и сразу уже установил совершенно новую точку зрения на избранный им вопрос о взаимоотношении так называемых цивильных и преторских исков. В то время как

---

[1] См. № 1 в библиографии И. А. Покровского, помещенной в настоящем издании. – *А. М.*

[2] См. там же, № 5. – *А. М.*

[3] См. там же, № 14. В действительности докторская диссертация И. А. Покровского опубликована в 1902 г. – *А. М.*

[4] Лекции И. А. Покровского по истории римского права и конспект этих лекций издавались студентами неоднократно, по-видимому, не менее шести раз на протяжении 1904–1913 гг. (см. № 19, 23, 24, 27, 29, 32 в библиографии И. А. Покровского). Что же касается его авторского курса «История римского права», то он был издан четырежды при жизни И. А. – в 1913, 1915, 1917 и 1918 гг. – и в 1924 г. был переиздан в Риге (см. там же, № 31, 34, 41, 44 и 47). – *А. М.*

до И. А. деление исков на эти две категории сводилось к незначительным формальным различиям, И. А. установил их материальное различие, настолько глубокое, что оно приводило к настоящему дуализму римского права: с одной стороны, система права в собственном смысле, связывающего судью, поставленного в неуклонную от него зависимость; с другой стороны, система «пробного» права, творимого претором, который по своему усмотрению, принимая в соображение интересы общественного мира и гражданского порядка, признавал за заинтересованным лицом право на иск, выводя его не из нормы, а исключительно из данного комплекса фактических отношений. Доктрина И. А. была настолько нова и оригинальна, что проф. Женевского университета Эрман назвал ее «революционною теориею» (thése révolutionnaire). Для И. А. было чрезвычайно важно установить, что система преторского права была «системой административно-регламентированного факта», т. е. такою системой, которая создалась не в порядке судебной деятельности, а в порядке управления, опиралась на участие претора в юридической жизни римского народа, определяемое не принципами суда, а принципами управления. Впоследствии этот вывод дал И. А. основание отвергнуть те ссылки на римскую претуру, которые делали сторонники наделения суда полномочием творить новое право наряду с законодателем в дополнение к действующему законодательству. Исследование И. А. показало, насколько подобные ссылки были неосновательны: римский претор отнюдь не был судьею в нашем смысле слова; это был магистрат, воплощавший в себе самую верховность римского народа.

Профаны склонны считать римское право, по выражению И. А., «замогильным правом». Те же профаны склонны думать, что близкое знакомство с этим выходцем с того света неизбежно должно приводить к отчуждению от жизни, притуплять чуткость к ее голосам. С И. А. этого не случилось; он, напротив, подобно самым блестящим романистам, приступил к изучению римского права не для того, чтобы забыть о запросах правовой действительности, но для того, чтобы подготовить ответы на эти вопросы, то сближая современность с римским прошлым, то противополагая их друг другу. И в этом умении подмечать сходство и контрасты двух правопорядков и социальных укладов, отделенных друг от друга веками, И. А. проявлял величайшую зоркость и способность не поддаваться столь естественному увлечению предметом своей специальности. Так, естественно было, сделав предметом своего раннего исследования (1902 г.)[1] свободное правотворчество римского претора, «хозяина» всего гражданского права, пойти, подобно Иерингу, по

[1] Н. Н. Полянский, очевидно, имеет в виду докторскую диссертацию И. А. Покровского (см. № 14 в библиографии И. А. Покровского). – *А. М.*

пути идеализации этой деятельности претора для того, чтобы рекомендовать ее как образец, достойный подражания. В принципе не связанный законом, претор мог по поводу каждого отдельного случая установить узкую норму, которая соответствовала его представлениям о праве и справедливости. Благодаря такой широте власти претора, правопорядок приобретал необычайную гибкость и приспособляемость к реальным потребностям гражданского оборота. Эта эластичность юрисдикции в высшей степени способствовала прогрессивному движению права; благодаря ей новая правовая норма могла быть практически использована раньше, чем она отвердевала в законодательстве. Отчего же и нам не воспользоваться выгодами порядка, который не только не помешал римскому праву приобрести удивительную стройность и выработанность, но, напротив, способствовал его стройности и выработанности?

И не следует ли нам, как думал Иеринг, отказаться от нашего недоверия к полноте власти и от нашей боязни личности – недоверия и боязни, ослабляющих энергию власти? Не следует ли освободить чиновничество от тяжкого гнета «мертвых правил», не следует ли усмотрение, руководимое общественным интересом, поставить выше неуклонной законности?

Ни та положительная роль, которую сыграли римские преторы, восполняя и исправляя «законное» право, ни авторитет Иеринга не увлекли И. А. Ссылаясь на различие характеров и культуры древнего Рима и современных народов Европы, он самым решительным образом протестовал против того отрицательного отношения, которое проявил Иеринг к современной ему системе, проникнутой стремлением к самому строгому господству закона. «Мы – народы нового мира и новой культуры, – писал И. А., – далеко не можем похвалиться ни свойствами римского характера, ни римской общественной жизнью; своей исторической судьбой мы приучены дорожить «мертвым правилом», как одной из гарантий нашей независимости от личного произвола, приучены ценить начало *строгой законности* даже со всеми его неудобствами»[1].

Так исследование предмета, такого, казалось бы, нам далекого и чуждого, привело И. А. к выводу, который в наши дни приобрел особую назидательность и сохранил свою практическую приложимость и после смерти его автора.

---

[1] Н. Н. Полянский цитирует предпоследнюю фразу из «заключения», которым И. А. Покровский завершает свою докторскую диссертацию (Право и факт в римском праве. Часть II. Генезис преторского права. Киев, 1902. С. 209). За ней следуют не менее знаменательные слова: «И можно сказать в заключение, что чем ниже уровень культурности и общественности народа, тем это начало законности для него ценнее и необходимее». Их Н. Н. Полянский приводит ниже, в другом месте своей статьи, не вполне точно. – *А. М.*

Итоги своим занятиям в области римского права, завоевавшим ему, по компетентному мнению специалиста, «почетное место в мировой литературе римского права» (см. рецензию проф. Сабинина в «Юрид. Вест.», 1913 г., кн. IV[1]), И. А. подвел в своей «Истории римского права». По отзыву другого специалиста, это сочинение И. А. должно быть поставлено рядом с знаменитыми «Институциями римского права» Зома, которым оно не уступает «по блеску и красоте изложения, по ясности и отчетливости мысли» (Право, 1913 г., № 46)[2].

Занятия римским правом определили и круг излюбленных идей И. А., связывающих его работы друг с другом, придающих замечательную цельность его литературному наследию и очень облегчающих задачу обозрения этого наследия. Это – идея самостоятельной и автономной личности, которую римляне, по выражению И. А., полагали «во главу угла своих юридических представлений», идея естественного права, впервые у римских юристов приобретшая практическое значение и немало способствовавшая, как констатировал И. А., процессу превращения римского права в право универсальное, и, наконец, идея определенности права как ключ к разрешению проблемы об отношении судьи к закону, – проблемы, которая, как опять-таки отмечал И. А., давала себя чувствовать уже в античном мире, в правовой истории Греции и Рима.

Вся литературная деятельность И. А. была настоящим служением названным идеям, настолько объединяющим все его крупные и мелкие по объему произведения, что они кажутся как бы продолжением одно другого, несмотря на всю разнородность их названий и их прямого содержания (так например, брошюра «Государство и человечество» может быть рассматриваема как продолжение статьи «Право на честь»; они и внешним образом связаны друг с другом почти буквальным повторением в первой тех общих соображений, которые были высказаны во второй)[3].

Кажется, на первом месте среди любимых идей И. А. нужно поставить идею права человеческой личности во всей ее «особенности» на охрану и уважение со стороны закона и суда. Для И. А. эта идея была «верховной» идеей, которая может ориентировать в оценке правовых норм. И. А. с такой красивой убедительностью, с таким живым, хотя все же, как всегда, сдержанным воодушевлением, говорил о той неотъемлемой позиции, которая должна принадлежать человеку перед лицом права, что положительно не испытываешь неловкости сказать о нем – ученом юристе строго академической

[1] Юридический вестник. 1913. Кн. IV. С. 292–294 [С. Сабинин]. – *А. М.*

[2] Право. 1913. № 46, 17 ноября. Стб. 2679–2681 [Г. Гинс]. – *А. М.*

[3] Здесь названы работы И. А. Покровского, указанные под № 45 и 37 в его библиографии. – *А. М.*

выправки, – что он был «певцом человеческой личности». При этом поводом и предметом его научного «пафоса» была личность не абстрактного человека, которого знало римское право под именем «доброго отца семейства» или к которому как к типичному, отвлеченному от действительности, «гражданскому человеку» обращается нередко современное гражданское право; его воодушевляет живая конкретная личность человека во всем богатстве его своеобразных особенностей и творческих проявлений. Именно признания «конкретного человека» он требовал от права, и конкретную личность он хотел бы видеть возведенной на высоту конечной цели права (см. в особенности его статью «Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права» в «Вестнике гражд. права», 1913 г., № 4[1]). Его не смущало то, что конкретный человек может быть из ряда вон выходящей оригинальностью, что у него могут быть свои прихоти или даже чудачества. Он провозглашал «право чудака на существование», на охрану его от тех антисоциальных аппетитов, жертвой которых он именно в силу своего чудачества может стать. Конкретного человека во всей совокупности его индивидуальных особенностей с его возможной прихотливостью и слабостью он ставит под защиту права и тогда, когда говорит о свободе творчества при установлении договорных отношений, и тогда, когда обсуждает вопрос о возможности признания действительным обязательства на действия неимущественного характера или обязательства без юридического основания или, вернее, «без непременного и немедленного предъявления его суду», и тогда, наконец, когда он решительно возражает против доктрины, которая лишь в том случае угрозу, побудившую кого-либо к заключению сделки, считает опорочивающей эту сделку, если это была угроза «серьезным злом», способная повлиять и на человека рассудительного.

Все это вопросы частного права, регламентирующие отношения граждан между собою; но нечего и говорить, что И. А., вооруженный той силой, которая дается глубоким нравственным убеждением, становился на страже «маленькой человеческой личности» и против притязаний могущественного государства – Левиафана превратить личность в простое средство для своих целей. Личность «как самоцель» и как «самоценность» для него и в области публичного права оставалась критерием ценности правовых норм, мерой положительного или отрицательного значения заключающихся в нем требований и запретов. «Человек есть мера всех вещей», – повторяет он.

Он требует от государства, чтобы оно «открыло свое лицо», чтобы оно дало прямой ответ на вопрос: «действительно ли оно таково, что перед его лицом ни о каких «неотъемлемых правах личности» говорить нельзя»? Если

[1] См. № 30 в библиографии И. А. Покровского. – *А. М.*

ответ последует «да», то это «да» в его глазах в высокой степени оправдает бунт против властвующего государства, поднятый такими течениями общественной мысли, как анархизм и синдикализм (см. «Право на честь»)[1]. Сам далекий от этих течений, И. А. не допускал возможности совершенного освобождения личности и общества от государственных уз, но он верил в то, что рано или поздно будет найдена – более того он утверждал, что уже «зреет управа над государствами». Этой управы он ждал от того коллектива, который стоит над государством – от человечества. В дни, когда еще не закончился мировой пожар, когда не состоялось примирение враждующих членов общемирового коллектива, И. А. с особым воодушевлением, с тем воодушевлением, которое дается только верой, а не мечтой, писал о наступлении момента, когда будет создан «общечеловеческий форум» и когда «на этом форуме, перед трибуналом великого суда человечества», помимо целых общественных групп, сможет выступить в качестве истца против своего государства с жалобой на свое попираемое право и отдельный человек (Государство и человечество, 1919 г.).

Но идеолог свободной личности И. А. отвергал не только внешние связывающие его путы, он не меньше боялся всяких порабощающих дух фетишей. И его собственное преклонение перед личностью не превращалось в некритический фетишизм. Это характерно сказалось в его отношении к социализму: при всем своем так ярко выраженном индивидуализме он нигде не высказывает принципиально отрицательного отношения к социализму. Напротив, в брошюре «Этические предпосылки свободного строя» он подчеркивает: против социалистического «обобществления хозяйства» с принципиальной точки зрения никаких возражений не имеется (стр. 10)[2]. Все зависит от того настроения, которым проникнуты активные представители социализма, и от коллективной психологии того народа, который признается подходящей средой для осуществления идей социализма: «...чем больше будет веры в безопасность духовного существования личности от всяких нарушений со стороны окружающего общества, тем меньше будет протестов против экономического обобществления и наоборот».

Для будущего времени проблему примирения личности и общества И. А. разрешал таким образом: «индивидуализирование» в сфере отношений, непосредственно касающихся духовной свободы человека, «обобществление» в области экономической («Основные проблемы гражданского права», стр. 56–57)[3]. И. А. не изменил этому взгляду и в своей последней, еще не

[1] Право на честь. Маленькая иллюстрация к большому вопросу. – Вестник гражданского права. 1916. № 4 [отд. оттиск, с.14]. – *А. М.*

[2] См. № 43 в библиографии И. А. Покровского. – *А. М.*

[3] См. с. 86 настоящего издания. – *А. М.*

опубликованной работе «Право. Его действительность и его стремления», где он говорит, что «вопрос о централизации народного хозяйства далеко не есть только вопрос экономический, что с ним связаны весьма существенные вопросы нематериального, духовного порядка – те самые вопросы, которые так много волновали человечество в прошлом и которые не перестанут волновать его в будущем»[1]. Вместе с Антоном Менгером И. А. предостерегал о возможности вырождения нового общественного строя при полном экономическом успехе, но при невнимании к нематериальной стороне социальной жизни, к духовным, не поддающимся никакой специализации запросам личности, в «жалкую государственную организацию» откармливания.

Индивидуалистическая тенденция в праве, нашедшая в И. А. блестящего выразителя, как известно, исторически связана с идеей естественного права – того jus naturale, которое, как вытекающее из самого мирового разума, римские юристы противополагали положительному праву и ставили над положительным правом. Эта связь была и в мировоззрении И. А. Свой общественный идеал он формулировал в трех словах: «солидарность свободных личностей». Эта формула давала содержание тому естественному праву, признание которого – он утверждал – вытекает из неистребимой потребности духа и из самой природы права. С одной стороны, в нашей душе неистребимо представление о справедливости, которая должна быть осуществляема и никогда полностью не осуществляется в общественных отношениях, регулируемых положительным правом; с другой стороны, право есть одно из средств координации социального действования; такая координация и предполагает наличность социального идеала. Стремление нашего духа к справедливости и лежащая в самом существе права необходимость его оценки с точки зрения поставленной впереди цели и делают неизбежным представление о естественном праве и о его верховенстве над правом положительным.

В учении И. А. о естественном праве следует отметить два момента: это, во-первых, установление факта постоянного чередования естественно-правового настроения и преклонения перед писаным правом, и, во-вторых, рекомендуемый им выход из этих постоянных колебаний между культом естественного права и культом положительного права путем синтеза того и другого направления в юриспруденции.

За второе тысячелетие нашей эры И. А. насчитывает в истории гражданского права четырехкратную смену волн, то вздымающихся «до самых высоких вершин абсолюта», то спускающихся «до самых мелочных низин lex scripta» (Естественно-правовые течения в истории гражданского права. СПб., 1909 г.). И всегда новое или, вернее, вновь возрождающееся течение сопро-

[1] Эта работа И. А. Покровского не опубликована и до сих пор не найдена. – *А. М.*

вождается чувством неудовлетворенности и разочарования: каждый раз естественно-правовая школа, доводящая идею естественного права до признания последнего за самостоятельный, восполняющий законодательство вид положительного права, приводит к крайнему субъективизму в правосудии, вызывающему жалобы на судебную анархию и судебную тиранию, и тогда раздается властный оклик по адресу ума человеческого: «назад к источникам!», и каждый раз приходящий на смену естественно-правовым увлечениям в силу общественно-психологического закона реакции правовой фетишизм, отказывающийся от всякой критики закона, его буквы, перед которой юристы должны склоняться без всяких поползновений на оценку, приводит в конце концов к протестам против «обездушенной юриспруденции».

В чем же может заключаться синтез этих двух противоположностей, этой тезы и антитезы? По мнению И. А., за естественным правом должно быть признано значение высшей инстанции для положительного законодательства, идея естественного права «должна одухотворить это последнее своими высокими началами, придавать ему радость творчества», но зато, как только ставится вопрос о применении права, законодательство не должно иметь конкурента в естественном праве, ибо такая конкуренция лишила бы положительное право столь ценного свойства определенности. Так идея естественного права оказывается неразрывно связанной с третьей излюбленной идеей И. А. – определенности права, которая терпит ущерб и тогда, когда законодатель создает «каучуковые» параграфы, вводя в них общие, легко растяжимые по своему содержанию выражения (например, «добрые нравы»), и тогда, когда судья прямо наделяется для случаев неполноты закона так называемой свободой правотворчества. И. А. останавливался на этой идее уже в докладе, прочитанном в 1899 г. в собрании Киевского Юридического общества, на тему: «Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека», потом в своей докторской диссертации и затем постоянно возвращался к ней в статьях «Принудительный альтруизм» (Вестн. Пр., 1902 г., февр.), «Гражданский суд и закон» (Вестн. Пр., 1905 г., кн. 1), «Прагматизм и релятивизм в правосудии» (Вестн. Гражд. Права, 1906 г., № 5) и в работе «Естественно-правовые течения в истории гражданского права» (1904 г.)[1], и в книге «Основные проблемы гражданского права (1916 г.). Как констатирует И. А., стремление к наделению судов полномочием обращаться к справедливости как к непосредственному источнику права, восполняющему и даже исправляющему положительный закон, всегда сопутствует отрицательному отношению к положительному праву и подъему естественно-правового настроения. Но, будучи

[1] См. № 11, 14, 15, 21, 38, 26 в библиографии И. А. Покровского. Годы опубликования некоторых из этих работ указаны Н. Н. Полянским неточно. – *А. М.*

сам одним из красноречивых выразителей этого настроения, он решительно предостерегал современников от этой многократно повторявшейся в истории ошибки, приводившей к тому, что свободное, в закон не облеченное и рамками закона не связанное, право на деле превращалось в ширмы для судейского произвола.

Воспроизводя взгляд Иеринга, что появление законодательства означает пробуждение народа к сознательному в социальном отношении существованию, И. А. охотно повторяет в разных своих работах мысль, что законодатель не вправе перелагать на плечи судей решение законодательных вопросов, что такое переложение «обозначает умышленное усыпление народа, возвращение его в стадию полусознательности».

Проблема определенности права связывается у И. А. с идеей правоохраненной личности не только через посредство проблемы естественного права, но и непосредственно. Право личности на определенность и прочность ее положения есть, в глазах И. А., одно из самых неотъемлемых ее прав, без которого не может быть речи ни о каком правопорядке.

С точки зрения современной нам правовой действительности, воспринявшей, как известно, лозунг движения свободного правотворчества, приобретает особый интерес то объяснение, которое давал И. А. всему этому движению. Его социальный источник И. А. видел в боязни или нежелании произвести в откровенной форме закона назревшие решительные преобразования в области хозяйственных отношений; почти у всех сторонников «свободной методы интерпретации» он улавливает стремление перейти путем примирительной воли судьи к новым порядкам «без крутой» или «без радикальной ломки» основных начал хозяйственного строя. И. А. казалось, что в тот момент, когда «экономически слабые» получат действительную возможность сказать свое слово и осуществить свою волю, они не доверят судьям регулировать их отношения «по усмотрению», но сами формулируют свою волю и принципы нового строя в определенной форме закона*.

Мы назвали только три крупнейших идеи, под знаменем которых протекала вся научная работа И. А., его «idèes maîtresses». Но, разумеется, ими не исчерпывается идейное богатство, заключающееся в его произведениях. Его научное творчество отличалось именно уменьем сводить самые специальные вопросы к самым общим и основным. Недаром одну из своих работ «Право на честь» он назвал «маленькой иллюстрацией к большому вопросу». Он искал тех «великих идей» и «всеобщих истин», без которых, по его мнению, юриспруденция проявляет свою слепоту и беспомощность. Отсюда тот глу-

* Статья «Закон и суд» в «Вестнике Права», 1905 г., янв., стр.51. (Очевидно, имеется в виду статья «Гражданский суд и закон». – См. № 21 в библиографии И. А. Покровского. – *А. М.*)

бочайший интерес, который не только его статьи, посвященные вопросам общей теории права, но и его цивилистические работы представляют собой для юристов всех специальностей. Из круга цивилистических вопросов его преимущественно занимали такие, которые стояли как бы на рубеже науки гражданского права и других отраслей юриспруденции. Такие, например, вопросы, как вопрос о принудительном альтруизме или об «абстрактном» и «конкретном» человеке, или «праве на честь» (Вестн. Гражд. Права, 1916 г., № 4)[1],– равнозначащи, как для цивилистов, так и для криминалистов; и для уголовного политика важно решить, допустимо ли, и если допустимо, то в каком объеме, снабжение правовою санкциею (наказание в уголовном праве, вознаграждение за вред в гражданском) требования оказания помощи нуждающемуся в ней или какого человека – «абстрактного» или «конкретного» – нужно принимать за меру наказуемой угрозы или наказуемого обмана (при мошенничестве), или что представляет собой честь, только ли простой «рефлекс» уголовной нормы или субъективное гражданское право и, в последнем случае, как охранить это право, когда оно сталкивается, например, с требованием безнаказанности народных представителей за речи, произносимые ими в парламенте?

Но значение И. А. выходит не только за пределы его специальности, оно выходит и за пределы всей науки права вообще. Это можно сказать уже об его «Истории римского права». Историю институтов римского права он повсюду связывает с историей римской общественности. Он постоянно ставит состояние права в зависимость от уровня общественной жизни, и эта связь в его изложении на фоне римской истории получает такую наглядность, что самые широкие обобщения, поучительные для историка и для социолога, и даже для общественного деятеля, как бы напрашиваются сами собой. Чуждый тенденции искусственно модернизировать условия жизни древнего Рима и даже подчеркивая отличие этих условий от современных, он все же так выпукло, такими типичными штрихами обрисовывает явления, повторяющиеся, хотя и всегда с новыми вариациями, в жизни народов, что читатель не может удержаться от исторических параллелей. В самом деле, даже сейчас, в наши дни, перед читателем «Истории римского права» И. А. Покровского то и дело встают вопросы самого актуального интереса – чаще всего вопросы о том, как в условии современной нам действительности должны преломляться институты, аналогичные, – конечно, лишь более или менее, – институтам римского права, – таким, например, институтам, как тот, в силу которого претор, заведывавший гражданской юрисдикцией, мог на место закона подставлять

[1] Вопросы, названные здесь Н. Н. Полянским, рассматриваются И. А. Покровским в ряде работ, но специально им посвящены указанные под № 15, 30 и 37 в его библиографии. – *А. М.*

свое правосознание, или как институт frumentatio (снабжение населения дешевым, а то и прямо даровым хлебом), или как организация в эпоху римского абсолютизма почти общего принудительного труда, возложение почти на всех того или иного государственного тягла, или как принудительное в ту же эпоху регулирование всего экономического оборота путем установления такс на все цены и работы, и т. д. Заинтересованное ярким освещением условий и последствий всех этих институтов внимание читателя не пройдет мимо замечаний автора, поясняющих причину их успеха или неудачи, – всегда ценных, подобно тому, как чрезвычайно ценно, по своему непреходящему значению, общее замечание автора, объясняющее, почему «недостатки механизма» римской республики не помешали ее блестящему развитию. Это развитие, писал И. А., «станет совершенно понятным, если мы примем во внимание ту чрезвычайно интенсивную общественную жизнь, которая так характерна для Рима. Весь римский государственный механизм для своего функционирования предполагал развитое, сознающее свои интересы и свои права общество и постоянное неуклонное участие его в политической жизни. Это постоянное живое участие являлось лучшей гарантией против всяких попыток самовластия и произвола, вследствие чего римляне пользовались выгодными сторонами независимого положения своих магистратов, не опасаясь сторон невыгодных. При таких условиях все отмеченные погрешности римского республиканского строя являлись теми неправильностями в диете и в образе жизни, которые до поры до времени мог позволить себе необыкновенно здоровый общественный организм» (стр. 137). В другой своей работе к почти тождественной характеристике римской общественности И. А. прибавил следующее замечание, имеющее в его устах значение не просто глубокомысленной сентенции, но научно обоснованного вывода: «...можно сказать в заключение, что чем ниже уровень культурности... народа, тем... начало законности для него ценнее и необходимее» (Генезис преторского права)[1].

Если, таким образом, даже специальные работы и исследования И. А. вправе рассчитывать на внимание к ним не одних юристов, то еще в большей мере это может быть сказано о тех его этюдах, которые по своему предмету, потому, что ими затрагивались жгучие вопросы общественно-политической жизни, могут быть отнесены к области публицистики. Таковы его статьи: «Право на существование» (в журн. «Свобода и культура», 1906 г., кн. 4 и в отд. изд. вместе со статьей Новгородцева), «Сила или право?» (в Юрид. Вест., кн. 7–8), «Эрос и этос в политике» (в Юрид. Вест., 1916 г., кн. 15) и брошюры «Этические предпосылки свободного строя» и «Государство и че-

[1] См. примечание на с. 331. – *А. М.*

ловечество»[1]. В этих своих небольших, но чрезвычайно содержательных произведениях И. А. с академической кафедры подымался на общественную трибуну; в них он не только ученый, но и учитель, не только юрист, но и проповедник общественной морали. Именно морали... Во всех названных статьях и брошюрах для нас и теперь звучит голос его чуткой совести, призыв, обращаемый к нравственному сознанию читателей.

Пусть в статье о праве на существование он доказывает, что это не есть вопрос общественной нравственности, что это вопрос подлинно правовой, все же, обсуждая этот вопрос, он отправляется от нравственного сознания, которое не мирится с возможною при современных социальных отношениях смертью «вследствие неимения средств к существованию», он взывает к «совести русского общества», которая не может быть «спокойна, пока возможность голодной смерти не будет устранена признанием права на существование», и обосновывает возложение на все общество соответствующей этому праву экономической обязанности тем «решающим, категорическим императивом», каким является «потрясающее по своей простоте и силе сознание: так дальше жить нельзя».

И в статье «Сила или право» в самом начале великой европейской войны он говорил о «нравственном оздоровлении общественной атмосферы». Как и другие, он звал к победе, но оговаривал: «...тот враг, которого надо победить, не Германия как таковая, а нечто большее и универсальное». Это большее – то мировоззрение, которое потребность государства в накоплении своей мощи ставит выше каких бы то ни было велений нравственности. И. А. одинаково отталкивали от себя «милитаризм, империализм и шовинизм», где бы эти явления ни наблюдались. Он хотел, чтобы внешняя победа над врагом «завершилась победой внутренней – в сердцах людей всего мира».

Когда затем претившие И. А. шовинизм и зоологический патриотизм нашли себе проявление даже в передовой русской печати, на страницах которой один из публицистов взял под свою защиту слепую, доходящую до «политического исступления» любовь к своему народу, придумав для такой любви декоративное выражение: «политический эрос», И. А. счет себя обязанным принять участие в полемике о том, должен ли «политический эрос» быть подчинен «этосу»? Для него не было сомнения в выборе ответа на вопрос. Он с нескрываемым негодованием отверг «философию политического эроса», свободного от этической оценки, и решительно возражал против мнения, будто этические мерки неприменимы к народам и государствам. Нет, «народ – это мы! Государство – это мы!». И потому ничто не может освободить народ от требований нравственного закона, как не можем мы от этих требо-

[1] См. № 22, 25, 33, 39, 43, 45 в библиографии И. А. Покровского. – *А. М.*

ваний освободить самих себя, – и потому слепо прощать своему народу его порок и позор это значит с самих себя слагать долю ответственности за то, что составляет порок и позор народа. Вместо этого – так заканчивает И. А. свою статью – «будем блюсти себя! Будем строго блюсти себя во имя великих задач нравственного совершенствования».

Когда разразилась наша революция и мы очутились, по выражению И. А., «пред полным отсутствием всякого режима», он поторопился выступить с напоминанием «о народной душе», с призывом вбивать сваи нашего будущего свободного строя глубже – «не в зыбкие и текучие слои временных и наносных пластов, а в незыблемую твердыню народной жажды по общечеловеческой, Божьей правде»[1]. Те же мысли повторяет И. А. и в своей брошюре «Государство и человечество» и, наконец, в предназначенной для широкого круга читателей работе «Право. Его действительность и его стремления». В этой лебединой песне И. А. мы снова слышим проповедь нравственного очищения общества. Ища уже на последних страницах названной работы санкцию для установленного им принципиального признания самоценности человеческой личности по отношению к государству, И. А. видел эту санкцию прежде всего в голосе здоровой общественной совести, вопиющем против законов, нарушающих права личности. Но этот голос может заглохнуть, совесть может притупиться, поэтому, настойчиво повторял он, нужно «употребить все меры для прояснения народного сознания, для очищения народных чувств, для укрепления народной воли»[2].

Выше мы называли те идеи, которыми связаны воедино произведения И. А. Теперь мы видим, что его работы объединены не только идейным содержанием, но и проникающим их настроением приподнятого, живого и глубоко нравственного чувства, всегда активно реагировавшего на оскорблявшие его явления действительности. С И. А. Покровским отошел от нас человек, в котором кристальная прозрачность мысли соединялась с безупречной нравственной чистотой, ученый, запечатлевший в своих произведениях свой образ одинаково гармоничный и цельный, как в своих идейных, так и в своих нравственных чертах. Но только ли в своих произведениях? У одного из младших членов той академической семьи, к которой принадлежал И. А., при воспоминании о нем вырвалось восклицание: «Он был наша совесть».

Говоря о деятеле, который служил обществу своею письменною и устною речью, нельзя не сказать хотя бы несколько слов о его языке. Le style c'est l'homme[3]. Статьи и речи И. А. Покровского были всегда не только глу-

[1] Н. Н. Полянский цитирует работу «Этические предпосылки свободного строя» (см. № 43 в библиографии И. А. Покровского). С. 3 и 16. – *А. М.*

[2] См. примечание на с. 335. – *А. М.*

[3] «Стиль – это человек» – фр. – *А. М.*

бокими, но и красивыми. Но это была красота не ярких слов или округленных фраз; это была та аристократическая красота, которая языку придается изысканным, свободным от всякого излишества выбором слов, безукоризненно точно передающих мысль и непременно сдержанных, но, когда это нужно, внушительно выражающих чувство. У И. А. почти нет отдельных красивых слов и фраз; его слова были простыми и незаметными, но высокими и ценными (вспомните Л. Н. Толстого: описывая принадлежности аристократического туалета Нехлюдова, он говорит, что он состоял из вещей «незаметных, простых, прочных и ценных»). Он избегал словесных фиоритур и причудливых оборотов речи; в его статье об «Эросе и этосе в политике» ясно чувствуется насмешка над кокетничаньем, вычурными неологизмами; язык его оставался сдержанным, целомудренно сдержанным и тогда, когда он высказывал самые дорогие для него убеждения, когда он говорил о нравственности, которая выше права, о праве, которое выше государства. В его всегда убежденной речи был пафос, но не было нисколько аффектации. Речь – это внешность мыслей и чувств. Речь И. А. была такою же, как он сам: твердой и мужественной, такою же, как тот уже не существующий внешний облик, который скрывал в себе его еще живущий с нами дух: прямой взгляд его глаз и крепко сжатые, когда он молчал, губы придавали его лицу выражение твердости и мужества. Эти два свойства никогда не изменяли ему; недаром в свое время министерство Кассо не могло мириться с его пребыванием на кафедре Петроградского университета.

На одном из венков, возложенных на гроб И. А. Покровского, была надпись: «Гордости русской науки». Да, он был красою и гордостью русской науки, он была также – приходится с болью прибавить – и ее надеждой. Война и революция замедлили приток новобранцев науки, рассеяли по лицу земли, оторвав от университетов, как ветви от стволов, старых испытанных академических работников. И. А., несмотря на все невзгоды, оставался на посту, продолжая и педагогическую деятельность и научную работу, пока уже не по возрасту тяжелые лишения и боль, которою он болел за мятущуюся родину, и тревога, которую ему внушало расстройство академической жизни, не исчерпали до конца его сил. Он умер, и дрогнуло пламя на старейшем очаге русской науки, и лишний раз стал вопрос, где же те новые силы, которые при новых, более благоприятных для научной работы условиях оживят это пламя и вернут ему прежний блеск? И. А. умер слишком рано, когда смена еще не пришла.

Печатается по: «Право и жизнь».
Кн. первая. – М., 1922, июнь. С. 43–51.

БИБЛИОГРАФИЯ профессора И. А. ПОКРОВСКОГО

1894 г.

1. Роль римского права в правовой истории человечества и в современной юриспруденции. – Ученые записки Юрьевского университета, 1894, кн. 3, стр. 1–30.

1895 г.

2. Die actiones in factum des classischen Rechts. – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. XVI. Romanistische Abhteilung, 1895. S. 7–104.

Рец.: *Erman* – Centralblatt für Rechtswissenschaft, 1896, september.

1896 г.

3. Желательная постановка гражданского права в изучении и преподавании. Вступ. лекция пр.-доц. И. Покровского. – Университетские известия, 1896, кн. 12, стр. 16–32; Киев: Тип. имп. Ун-та св. Владимира, 1896, 19 с.

1897 г.

4. Лекции по истории римского права, читанные в осеннем семестре 1897 г. И. А. Покровским, приват-доцентом Ун-та св. Владимира. Киев: Изд. студентов Н. Болотина, Гадасевича, Москвера [и др.], 1897, 275 с.

1898 г.

5. Право и факт в римском праве. – Ч. 1. Право и факт как материальное основание исков (Actiones in jus и in factum conceptae). – Университетские известия, 1898, кн. 4, стр. 1–52 и I–IV; кн. 5, стр. 53–145. Киев: Тип. имп. Ун-та св. Владимира, 1898.

Рец.: *Никольский Б. В.* – Журнал Министерства Народного Просвещения, 1898, декабрь, стр. 367–391[1].

[1] Ответ И. А. Покровского на эту рецензию – см. № 7 настоящей библиографии. – *Прим. сост.*

1899 г.

6. Основные вопросы владения в новом германском уложении. [Доклад, читанный в собрании Киевского юридического общества 24 окт. 1898 г.] – Киев: Тип. имп. Ун-та св. Владимира, 1899, 27 с.; Вестник права, 1899, кн. 1, стр. 92–120.

7. Ответ г. Б. В. Никольскому. По поводу рецензии г. Никольского на мое сочинение «Право и факт в римском праве». – Журнал Министерства Народного Просвещения, 1899, март, стр. 190–201.

8. Возмещение вреда и разложение его. Дилеммы современного гражданского права в области ответственнности за вред и убытки. Доклад в Киевском юридическом обществе. – Вестник права, 1899, кн. 9, стр. 1–39.

9. Программа лекций по истории римского права И. А. Покровского. – Киев: Тип. Кульженка, 1899, 14 с.

1900 г.

10. Программа лекций по системе римского права. Вещное право. – Киев, 1900, 8 с.

1901 г.

11. Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека. Дилеммы современного гражданского права в области договоров. Доклад чл. О-ва И. А. Покровского, читанный в собрании О-ва 2 октября 1899 г. (Приложение к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 г.) – Киев: Тип. имп. Ун-та св. Владимира, 1901, 26 с.

12. Обязательства из деликтов в проекте гражданского уложения. Доклад чл. О-ва И. А. Покровского, читанный в собрании О-ва 27 ноября 1899 г. (Приложение к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 г.) – Киев: Тип. имп. Ун-та. св. Владимира, 1901, 26 с.

1902 г.

13. Владение в русском проекте гражданского уложения. Доклад в Киевском юридическом обществе. – Журнал Министерства Юстиции, 1902, кн. 10, стр. 27–55.

14. Право и факт в римском праве. – Ч. 2. Генезис преторского права. – Университетские известия, 1902, кн. 1, 2, 5, 7, стр. 1–209 и III; Киев: Тип. имп. Ун-та св. Владимира, 1902.

Рец.: *Мечинский И.* – Журнал Министерства Юстиции, 1902, апрель, стр. 365–372.

15. Принудительный альтруизм. Один из новейших цивилистических экспериментов. Доклад в Киевском юридическом обществе. – Вестник права, 1902, кн. 2, стр. 1–31.

16. Римская претура и судейское усмотрение. [Речь перед диспутом в СПб. университете 20 октября.] – Право, 1902, № 44, стб. 1979–1983.

1903 г.

17. Программа лекций по истории римского права. Ч. I (осенний семестр 1903 г.). – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1903, 12 с.

1904 г.

18. Частная защита общественных интересов в древнем Риме. – В кн.: Сборник статей по истории права, посвященный М. Ф. Владимирскому-Буданову его учениками и почитателями. – Киев, 1904, стр. 27–43.

19. Лекции по истории римского права. – СПб.: Изд. студентов, 1904, XVI, 256 с.

20. Юридические сделки в проекте гражданского уложения. – Вестник права, 1904, кн. первая.

1905 г.

21. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения. – [Киев], Е. Горская, 1905, 55 с.; СПб.: Сенатская тип., 1905, 53 с.

1906 г.

22. Право на существование. – Свобода и культура, 1906, кн. 4.

1907 г.

23. Лекции по истории римского права. 3-е изд. студентов. – СПб п. Альтшулера, 1907, 244 с.

24. Пособие при повторении курса «Истории римского права». Конспективное изложение лекций проф. И. Покровского. Сост. В. С. – СПб.: Тип. Безобразова, 1907, 100 с.

1908 г.

25. Право на существование. – В кн.: О праве на существование. Социально-философские этюды П. И. Новгородцева, проф. Моск. ун-та, и И. А. Покровского, проф. СПб. ун-та. – СПб.; М.: Тип. Вольфа, [1908], 48 с.

1909 г.

26. Естественно-правовые течения в истории гражданского права. – В кн.: Отчет о состоянии и деятельности имп. С.-Петербургского ун-та за 1908 год. – СПб., 1909, 53 с.; СПб.: Тип. Б.М. Вольфа, 1909, 53 с.

27. Конспект по истории римского права с переводом латинских терминов и выражений (по лекциям проф. И. А. Покровского). Сост. группой студентов СПб. университета. Применительно к программе юридической комиссии. – СПб.: Тип. Попечит. имп. человеколюб. о-ва, 1909, 204 с.

1910 г.

28. Отзыв о книге В. Б. Ельяшевича «Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве». – СПб.: Сенат. тип., 1910, 36 с.

1911 г.

29. Лекции по истории римского права. 4-е изд. – СПб., 1911, 219 с.

1913 г.

30. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права. – Вестник гражданского права, 1913, № 4; СПб., 1913, 24 с.

31. История римского права. – СПб.: Изд. юрид. кн. скл. «Право», 1913, XVIII, 572 с.

Рец.: *Сабинин С.* – Юридический вестник, 1913, кн. IV, стр. 292–294; *Гинс Г.* – Право, 1913, № 46, стб. 2679–2681.

32. История римского права. Конспект по лекциям проф. Покровского и Хвостова. С пер. латин. слов. Полные и точные ответы по программе Моск. ун-та на 1913–14 гг. – М.: «Помощь студенту», 1913, 119 с.

1914 г.

33. Сила или право? – Юридический вестник, 1914, кн. VII–VIII; М.: Тип. Г. Лисснера и Д. Собко, 1914, 12 с.

1915 г.

34. История римского права. 2-е изд., испр. и доп. – Пг., 1915, XVIII, 578 с.

35. «Иррациональное» в области права. – Юридический вестник, 1915, кн. 11 (III); М.: Тип. Г. Лисснера и Д. Собко, 1915, 16 с.

36. Проблема расточительства. – В кн.: Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. Сборник статей по гражданскому и торговому праву. – М.: Изд. бр. Башмаковых, 1915, стр. 127–136.

1916 г.

37. Право на честь. Маленькая иллюстрация к большому вопросу. – Вестник гражданского права, 1916, № 4, стр. 23–35; Пг.: Тип. Линник, 1916, 15 с.

38. «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии. – Пг.: Тип. Линник, 1916, 24 с.

39. «Эрос» и «Этос» в политике. – Юридич. вестник, 1916, кн. 15 (III); М, 1916, 14 с.

40. Гражданское право в его основных проблемах[1]. – В кн.: Итоги науки. – М.: Т-во «Мир», [1916], стр. 9–282, 2 л. портр.

Рец.: *Левин С. М.* – День, 1916, 25 февраля; *Тарановский Ф. В.* – Биржевые ведомости, 1916, 6 апреля; *Гессен И. В.* – Право, 1916, № 4; *Нольде А. Э.* – Вестник гражданского права, 1916, кн. 2; *Лаппа-Старженецкая Е.* – Журнал Министерства Юстиции, 1916, кн. 6.

1917 г.

41. История римского права. 3-е изд., испр. и доп. – Пг.: Изд. юрид. кн. скл. «Право», 1917, XVI, 430 с.

42. Основные проблемы гражданского права. – Пг.: Изд. юрид. кн. скл. «Право», 1917, 328 с.

---

[1] Мы приводим название, помещенное на обложке отдельного оттиска из «Итогов науки». На шмуцтитуле работа названа «Основные проблемы гражданского права». – *Прим. сост.*

43. Этические предпосылки свободного строя. Лекция, читанная на курсах для подготовки народных лекторов в Московском коммерческом институте. – М.: [Культ.-просвет. бюро студентов Моск. коммерч. ин-та], 1917, 16 с.

1918 г.

44. История римского права. 4-е изд. – Пг.: Изд. юрид. кн. скл. «Право», 1918, XVI, 430 с.

1919 г.

45. Государство и человечество. – М.: Типо-литогр. Центр. Упр. Красноармейск. Лавок, быв. Коркина и К°, 1919, 46 с.

1922 г.

46. Право: Его действительность и его стремления. Рукопись[1].

1924 г.

47. История римского права. – Рига, Гликсман, 1924, XVII, 571 с.

О. Ю. Шилохвост

[1] Рукопись не обнаружена. Ее упоминает и цитирует Н. Н. Полянский в статье «Иосиф Алексеевич Покровский (Личность покойного и его ученые труды)». – Право и жизнь, 1922, кн. первая, стр. 50 (см. с. 334–335, 341 настоящего издания). Кроме того, пока не найдена статья И. А. Покровского в немецком журнале «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeshichte» (1899), о которой упоминает М. В. Зимелева (см. с. 323–324 настоящего издания). – *А. М.*

Оглавление

Выпавшее звено..... 3

ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

От автора..... 34

I. Понятие гражданского права и вопрос о его социальной ценности.

Право публичное и частное; попытки их принципиального разграничения. Публичное право как система правовой централизации и гражданское право как система правовой децентрализации. Историческая и систематическая относительность этого различия. Сильные и слабые стороны той и другой систем. Юридическая сущность социализма..... 37

II. Исторические корни современного гражданского права. Национальные и универсальные элементы в нем.

Международное общение и историческая преемственность в области гражданского права. Античный мир и римское право. Римское право и национальные системы в новом мире Западной Европы. Вопрос о значении национальности в области гражданского права 49

III. Основные идеологические течения в истории гражданского права. Идеализм и позитивизм.

Позитивное и естественно-правовое течение в истории гражданского права. Расцвет последнего в XVIII веке и его влияние на большие кодификации (Прусское Уложение, Кодекс Наполеона и Австрийское Уложение). Реакция исторической школы. Протест жизни против крайностей этой школы, возобновление кодификационных работ (Германское Уложение, Швейцарское Уложение, Русский проект) и новое возрождение естественно-правового идеализма 60

IV. Философские предпосылки гражданского права. Проблема личности и государства.

Зависимость гражданско-правовых проблем от философских предпосылок. Персонализм и трансперсонализм. Вопрос о взаимоотношении между личностью и государством: абсолютистический этатизм и индивидуализм.

Крайности одного и другого и вероятная линия их размежевания..... 77

V. Проблема определенности права и вопрос о так называемом свободном судейском правотворении.

Определенность права как первая проблема самой личности. Несовершенство писаного закона и необходимость восполнения его судом. Вытекающий отсюда вопрос о взаимоотношении между законом и судом. Колебания в его разрешении и установившаяся в XIX веке интерпретационная доктрина. Возникновение нового течения «свободного судейского правотворения» и его успеха. Различные рукава этого течения и их несостоятельность..... 89

VI. Проблема прочности права. Вопрос о субъективном гражданском праве и о злоупотреблении правом.

Социальное значение субъективных прав. Новейшие учения, направленные против них (Шварц, Дюги); их теоретическая и практическая несостоятельность. Вопрос о злоупотреблении правом (шикане). История вопроса и постановления новейших законодательств. Германский и швейцарский способы разрешения нашего вопроса, достоинства и недостатки того и другого..... 106

VII. Проблема личности как таковой. Развитие защиты так называемых прав личности и ее конкретных особенностей.

Возникновение идеи так называемых прав личности и их постепенное признание в законодательствах. Право на имя, право на честь, право на охрану интимной сферы и т. д. Охрана конкретных особенностей человеческой личности: признание договоров нетипичных, субъективный масштаб в учении об обмане и принуждении 120

VIII. Проблема нематериальных интересов.

Постепенное усиление защиты нематериальных интересов. Охрана продуктов духовной деятельности и установление так называемых авторских прав. Вопрос об обязательствах на действия неимущественные. Вопрос о возмещении так называемого морального вреда..... 132

IX. Проблема производной личности (юридические лица).

Союзы принудительные и добровольные. Товарищество и юридическое лицо. Вопрос о фиктивности или реальности этих последних. Личность и государство в вопросе об учреждении юридических лиц: постепенное ослабление концессионной системы и усиление частной автономии. Вопрос о пра-

воспособности общей или специальной: ослабление системы государственной подозрительности. Вопрос об ответственности юридических лиц за правонарушения и об их личных правах. Союзы неправоспособные. Общее значение усиливающейся роли союзов в жизни современного государства..... 144

X. Проблема личности в сфере семейственных отношений.

Общая историческая перспектива. Эволюция семьи в римском праве и основные принципы так называемого римского свободного брака. Позднейшее падение этих принципов. Влияние церкви, в особенности на вопрос о заключении и расторжении брака. Борьба между государством и церковью и установление так называемого гражданского брака. Позиция современного государства в вопросе о разводе; ее практическая и принципиальная несостоятельность. Личные отношения между супругами во время брака. Три исторические стадии. Современный принцип и неудовлетворительность его осуществления в современных законодательствах. Имущественные отношения между супругами, их эволюция по мере признания самостоятельной личности жены. Отношения между родителями и детьми, постепенное признание юридической самостоятельности последних..... 162

XI. Проблема собственности.

Историческое возникновение права собственности: права на движимость и на недвижимость, их постепенное сближение и слияние в едином понятии собственности. Возникновение в новейшем праве обратного процесса. В интересах оборота восстановление принципа «Hand muss Hand wahren» по отношению к движимости и принципа поземельных книг по отношению к недвижимости. В интересах социального блага усиление ограничений права собственности на недвижимость. Возникающее вследствие этого новое раздвоение в понятии права собственности..... 192

XII. Проблема прав на чужие вещи.

Понятие прав на чужие вещи. Вещные права пользования, их основные исторические виды и современное положение. Залоговое право, его общая историческая эволюция и основные принципы современной залоговой системы..... 207

XIII. Проблема владения.

Защита владения как фактического господства над вещью и вопрос об основании этой защиты. Принцип уважения к чужой человеческой личности и связанное с постепенным уяснением этого принципа расширение сферы защищаемого владения..... 223

XIV. Обязательства, их общая историческая эволюция.

Древнее обязательство как личная обреченность должника кредитору. Постепенное усиление имущественного элемента в обязательстве и возникающие на этой почве теоретические преувеличения..... 236

XV. Обязательства из договоров. Проблема договорной свободы.

Существенные элементы договора: воля и волеизъявление и вопрос о разладе между ними (вопрос о пороках воли). Принцип договорной свободы. Его ограничения. Понятие «общественного порядка». Понятие «добрых нравов». Понятие «доброй совести». Попытки борьбы с экономической эксплуатацией, история законов против ростовщичества и новейшие общие нормы против эксплуататорских договоров. Общий характер всех современных попыток регулировать принцип договорной свободы и их принципиальная и практическая несостоятельность..... 245

XVI. Обязательства из правонарушений. Проблема ответственности за вред.

Задача гражданского возмещения вреда и попытки законодательного определения гражданского деликта. Правонарушение и нарушение «добрых нравов». Бездействие как правонарушение. Предполагает ли ответственность за вред вину правонарушителя? Принцип вины и принцип причинения; принцип «конкретной справедливости». Возмещение вреда и разложение его..... 276

XVII. Личное и общественное начало в наследственном праве.

Возникновение идеи наследования и общее развитие оснований наследственного перехода. Установление принципа завещательной свободы. Его ограничения (институт обязательной доли). Новейшая критика наследственного права и, в частности, вопрос об ограничении наследования по закону в пользу государства..... 296

XVIII. Заключение.

Современное положение в борьбе между индивидуалистическими и этатистическими течениями. Область личных прав. Область экономических отношений. Моральный кризис капитализма. Возможный выход из этого кризиса путем социализации народного хозяйства, технические и психологические предпосылки этого выхода. Ближайшая задача момента – право на существование..... 309

[М. В. Зимелева] Речь памяти Иосифа Алексеевича Покровского, читанная на собрании Общества оставленных при факультете общественных наук Московского государственного университета в мае 1920 года..... 322

[Н. Н. Полянский] Иосиф Алексеевич Покровский (Личность покойного и его ученые труды)..... 329

БИБЛИОГРАФИЯ профессора И. А. ПОКРОВСКОГО..... 343

Покровский И.А.

Основные проблемы гражданского права. М.: «Статут», (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. – 353 с.

Художник – ***A.G.***
Компьютерная верстка – ***Родина С.В., Волошин О.В.***
Научный аппарат и литобработка издания: ***Мальчикова Т.В.***

Подписано к печати – 08.12.98 г.
Формат – 60×84/ 1/16
Усл. печ. листов – 22,5
Бумага – офсетная
Гарнитура – Таймс
Тираж – 5000 экз.
Заказ № 365

Издательство «Статут»
Лицензия на издательскую деятельность
ЛР № 065297 от 17 июля 1997 г.

Адрес издательства:
117415, г. Москва, а/я 61; тел/факс: 232-64-41, 436-08-65
E-mail: statut@east.ru

АО „Астра семь"
121019, Москва, Филипповский пер., 13.

Издательство «Статут»

информирует о выходе в свет следующих книг

М.И. Брагинский, В.В. Витрянский

Договорное право. Общие положения

Данная книга представляет собой работу, объединяющую как научный анализ основных категорий и институтов договорного права, так и комментарий соответствующих законоположений, регулирующих порядок заключения, изменения и расторжения договоров, признания их недействительными; уступки прав и перевода долга по договору; залог и иные способы обеспечения исполнения договорных обязательств; ответственность (убытки, неустойка, проценты годовые) за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора. В книге содержится также множество разъяснений судебной практики в области договорного права.

Авторы книги – известные правоведы, члены рабочей группы по подготовке проекта Гражданского кодекса Российской Федерации.

Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)". Постатейный комментарий

Под общей редакцией Заместителя председателя Высшего Арбитражного Суда РФ – В.В. ВИТРЯНСКОГО

Данная книга представляет собой публикацию текста нового Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», сопровождаемого глубоким и всесторонним научным и практическим анализом каждого положения, что сделает издание интересным для широкого круга юристов, особенно в области института банкротства. Не обходя вниманием «узкие» места Закона о банкротстве 1992 г., авторы показали прогрессивность нового нормативного акта, его место среди существующих законов.

Члены авторского коллектива участвовали в подготовке проекта Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

Федеральный закон "Об исполнительном производстве". Постатейный комментарий

Под редакцией Первого заместителя Председателя ВАС РФ, профессора, доктора юридических наук М.К. ЮКОВА и доктора юридических наук, профессора МГУ им. М.В. Ломоносова В.М. ШЕРСТЮКА

В книге последовательно комментируются статьи Федерального закона Российской Федерации «Об исполнительном производстве», подробно анализируются правовые нормы, регламентирующие общие условия совершения исполнительных действий, правовое положение лиц, участвующих в исполнительном производстве, основания применения мер принудительного исполнения, порядок обращения взыскания на имущество должника-организации, на заработную плату и иные виды доходов должника, и все другие правовые нормы этого Закона.

Книга рассчитана на судебных приставов-исполнителей, судей, адвокатов, юрисконсультов, работников юридических фирм, предпринимателей, преподавателей и студентов юридических высших учебных заведений.

Налоговый Кодекс Российской Федерации
Часть первая. Постатейный комментарий
Под общей редакцией профессора В.И. СЛОМА

Нормы нового Налогового кодекса анализируются в сопоставлении с действующим налоговым законодательством. Комментарий является постатейным, что особенно подчеркивает его фундаментальность. Авторам удалось соединить теорию и практику налогового законодательства и показать перспективы развития налоговой системы России.

Актуальные проблемы гражданского права
(сборник статей под редакцией доктора юридических наук, профессора М.И. БРАГИНСКОГО)

Предлагаемый сборник можно смело назвать уникальным юридическим изданием. Его авторы – первые выпускники Российской школы частного права – федерального высшего учебного заведения, созданного и действующего в соответствии с Указом Президента РФ «О программе «Становление и развитие частного права в России» от 7 июля 1994 г. № 1473.

Статьи основываются на теоретических разработках ведущих советских, российских и зарубежных цивилистов, содержат глубокий анализ национального и иностранного законодательства, судебно-арбитражной практики по ключевым вопросам гражданского права.

Книга рассчитана на студентов, аспирантов, преподавателей, практикующих юристов.

Книга посвящается памяти ректора Российской школы частного права Станислава Антоновича Хохлова.

М.Г. Розенберг
Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда

На основе современной практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС) в книге показано, как конкретно применяются во внешнеэкономическом обороте международные договоры, какие проблемы могут возникнуть и возникают при разрешении споров, когда применяется иностранное право, как оно применяется.

Предназначена для практикующих юристов, судей, предпринимателей, занимающихся внешнеэкономической деятельностью, а также преподавателей и студентов высших учебных заведений по курсам международного частного и гражданского права.

М.Г. Розенберг
Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ за 1996–1997 гг.

В книге излагается значительное число решений, вынесенных Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС) в 1996–1997 гг., по спорам, возникавшим из договорных и иных гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей.

Книга предназначена для практикующих юристов, судей государственных и третейских судов, предпринимателей, занимающихся внешнеэкономической деятельно-

стью, научных работников, а также для преподавателей и студентов по курсам «Международное частное право» и «Гражданское право».

Ю.Х. Калмыков

Избранное: труды, статьи, выступления

В сборник избранных работ известного российского цивилиста Ю.Х. Калмыкова (1934–1997) включены написанные им в разное время статьи по актуальным вопросам отечественного гражданского законодательства. В сборник включена также подробная библиография трудов и хроника жизни и деятельности Ю.Х. Калмыкова, занимавшего ответственные посты в Верховном Совете СССР и в Минюсте России.

Книга рассчитана на студентов, аспирантов, преподавателей, всех, кто интересуется историей развития и основными проблемами современного гражданского законодательства.

Л.А. Новоселова

Вексель в хозяйственном обороте (комментарий практики рассмотрения споров)

В данной работе рассматриваются вопросы, возникающие в практике применения вексельного законодательства арбитражными судами. Основное внимание уделено проблемам обеспечения единообразного применения законодательства о вексельном обращении. Анализируются подходы к определению природы вексельных обязательств и их соотношение с общегражданскими.

П.В. Крашенинников

Сделки с жилыми помещениями

В данной работе автор проводит анализ норм гражданского и жилищного законодательства, регулирующих отношения, связанные с возникновением, изменением и прекращением прав на жилые помещения. Несомненным преимуществом данной работы служит тот факт, что в своих рассуждениях автор опирается на материалы судебной практики.

Таможенное законодательство. Судебная практика

Книга посвящена наиболее актуальным проблемам практического применения норм таможенного законодательства. В ней рассматриваются спорные вопросы, связанные с различными нарушениями таможенных правил, привлечением нарушителей к ответственности, обеспечением прав участников таможенного процесса и др. Работа подготовлена на основе изучения конкретных дел, рассмотренных в последние годы арбитражными судами и судами общей юрисдикции РФ. В приложении даны тексты отдельных нормативных актов, положенных в основу судебных решений.

Книга будет интересна всем, кто занимается внешнеэкономической деятельностью либо по тем или иным причинам совершает поездки за рубеж.

Д.В. Мурзин

Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг

В данной книге дается глубокий научный анализ соременной теории ценных бумаг. В книге дало о себе знать наиболее перспективное направление

развития юридической культуры (со скрупулезным анализом юридических категорий, трактовкой их природы, классификаций и т.д.) с институтами современного гражданского права, отвечающего требованиям высокоразвитой постиндустриальной рыночной экономики.

С.В. Сарбаш

Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств

Книга С.В. Сарбаша является наиболее полным, комплексным исследованием проблем, связанных с правовым регулированием удержания имущества должника, представляющего собой новый (по сравнению с ГК 1964 г.) способ исполнения обязательств.

Книга может оказать существенную помощь в работе предпринимателям, юристам-практикам, работникам правоохранительных органов, судов, органов юстиции, а также преподавателям, студентам и аспирантам юридических вузов.

А.В. Тихомиров

Медицинское право. Практическое пособие

В правовых спорах, вытекающих из оказания медицинской помощи, до настоящего времени не сложились единые взгляды на правила их разрешения.

В правовом государстве регулирование отношений в сфере охраны здоровья предоставлено закону, а не усмотрению Минздрава.

Как, исходя из законных интересов субъекта права, достигать независимой от специфики медицины взвешенности для разрешения споров правовыми средствами, показывает предлагаемое пособие.

Книга будет полезна не только медицинским работникам и юристам, но и широкому кругу заинтересованных в данной проблеме читателей.

В серии «ЗОЛОТЫЕ СТРАНИЦЫ ФИНАНСОВОГО ПРАВА РОССИИ»

У истоков финансового права

(под редакцией доктора юридических наук, профессора А.Н. КОЗЫРИНА)

Каждая наука имеет свое прошлое. Богатая славная история есть и у финансового права. К сожалению, долгое время финансовое право развивалось в нашей стране в вынужденной изоляции от ценнейшего дореволюционного наследия. Забвение прошлого не могло не сказаться на современном состоянии финансово-правовой науки.

Предлагаемая читателю антология «Золотые страницы финансового права России» преследует цель проследить историю зарождения и развития отечественной науки финансового права. В том 1 «У истоков финансового права» включены работы М.М. Сперанского, Н.И. Тургенева и М.Ф. Орлова, позволяющие восстановить картину первоначального этапа развития финансового права, когда оно еще находилось в составе экономических наук.

В серии «КЛАССИКА РОССИЙСКОЙ ЦИВИЛИСТИКИ»

Д.И. Мейер

Русское гражданское право (в 2-х частях)

Автор, первопроходец российской цивилистики, в курсе прочитанных им полтора века назад в Казанском университете лекций, который подготовили к изданию после

безвременной кончины профессора его ученики и последователи, дает первую в истории правоведения России стройную систему предмета и задач гражданского права.

Переиздание этого бесценного труда имеет целью познакомить не только специалистов, но и широкую общественность с классическими характеристиками многочисленных аспектов гражданского права.

М.И. Кулагин

Избранные труды по акционерному праву

В настоящей книге переизданы наиболее значимые труды М.И. Кулагина: монография «Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо», изданная издательством Университета дружбы народов в 1987 г., и курс лекций, изданный в 1992 году издательством «Дело», под названием «Предпринимательство и право: опыт Запада»

В.И.Серебровский

Избранные труды по наследственному и страховому праву

В издании помещены наиболее значимые научные труды профессора В.И. Серебровского. Эти труды являются фундаментальными произведениями, составляющими классическое наследие российской цивилистики в области наследственного и страхового права. В издании также помещены статьи, освещающие жизненный путь, педагогическую деятельность, человеческие качества В.И. Серебровского, дающие оценку его научных идей и положений, показывающие их значение для современной теории гражданского права, законотворчества и практики правоприменения.

И.А. Покровский

Основные проблемы гражданского права

В настоящем издании представлено одно из самых ярких и значительных произведений российской цивилистики - книга И.А. Покровского «Основные проблемы гражданского права». В ней в историческом развитии даны основные вопросы, над решением которых бились выдающиеся умы мировой юридической науки, показана их тесная связь с разработками отечественной цивилистики. Высокий профессионализм автора и глубина проникновения в исследуемые проблемы определяют ее непреходящую значимость и актуальность для современной теории гражданского права. Здесь же публикуются две статьи соратников и единомышленников ученого – М.В. Зимелевой и Н.Н. Полянского, – в которых даются оценка многогранной деятельности и характеристика основных трудов И.А. Покровского.

Н.О. Нерсесов

Представительство и ценные бумаги в гражданском праве

В работах, публикуемых в данной книге, исследованы вопросы социологии и правовой природы представительства, теоретические и практические аспекты общего учения о ценных бумагах, выявлены юридические особенности ценных бумаг на предъявителя. Научная глубина положений и выводов, содержащихся в предлагаемых читателю трудах, позволяет отнести их к классическому наследию российской цивилистики.

Учение о добровольном представительстве и ценных бумагах на предъявителя, разработанные Нерсесовым, и в наши дни актуальны для законотворческой и правоприменительной практики. Его произведения, бесспорно, станут бесценным пособием для изучающих проблемы гражданского права.

ГОТОВЯТСЯ К ИЗДАНИЮ

С.С. Алексеев
«ПРАВО»
Опыт комплексного исследования

Н.В. Козлова
«Лекции о юридических лицах»

Ю.А. Метелева
«Правовое положение акционера в акционерном обществе»

В серии «Классика российской цивилистики»

Л.А. Кассо
«Понятие залога в современном праве»

Л.А. Лунц
«Избранные труды»

Для получения информации
по вопросам приобретения книг издательства
направляйте ваши заявки по адресу:

г. Москва 117415, а/я 61
Телефоны издательства: (095) 232-6441; 938-9286
E-mail: statut@east.ru

Книги издательства можно приобрести в магазинах:

г. МОСКВА: «Юридическая книга» (м. Студенческая) т. 249-1762,
«Библио-Глобус» (м. Лубянка) т. 928-8628,
«Московский Дом Книги» (м. Арбатская) т. 203-8242

г. НИЖНИЙ НОВГОРОД: Кремль, корп. 4 (Федеральный Арбитражный Суд)